COURS ÉLÉMENTAIRE
DE
DROIT ROMAIN

CONTENANT

L'EXPLICATION MÉTHODIQUE DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

ET DES

PRINCIPAUX TEXTES CLASSIQUES

POUR LA PRÉPARATION AUX EXAMENS

DE BACCALAURÉAT ET DE DOCTORAT EN DROIT

PAR

E. DIDIER-PAILHÉ

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TROISIÈME ÉDITION

REVUE ET CORRIGÉE

PAR CHARLES TARTARI

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

TOME PREMIER

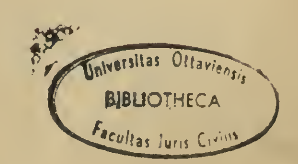
PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1887



PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION.

C'est pour les étudiants que ce livre fut écrit; les savants n'en avaient pas besoin. Une rapide explication de mes vues et de mon plan est peut-être indispensable.

Entre deux espèces différentes d'ouvrages, j'ai voulu combler une lacune et prendre le milieu.

Depuis une quarantaine d'années, le droit romain a donné naissance dans nos écoles à plusieurs traités en deux volumes. Dus pour la plupart à des maîtres illustres, ils défient encore toute comparaison, et je n'ai jamais songé à refaire ce qui est bien fait. Mais faut-il en convenir? Ma courte expérience de la vie scolaire m'a bien vite révélé dans ces œuvres de longue haleine un défaut inattendu. C'est qu'en attirant les uns, elles effarouchent les autres. Il n'y a que les altérés de science qui viennent boire à ces sources abondantes, et trop de jeunes gens craignent de s'y noyer. La jeunesse n'est point parfaite.

Où vont alors les timides et les hésitants? Ils aperçoivent autour d'eux, entre les mains de leurs camarades, derrière les vitrines des libraires, de minces abrégés complaisants et faciles dont je ne discute pas le mérite, et qui peuvent sans doute, à la veille d'un examen, avoir

aussi leurs heures d'utilité. Je veux parler des *manuels*, puisqu'il faut enfin les appeler de leur nom. Faute de courage ou de force pour une entreprise plus ardue, on s'abandonne à ces guides indulgents, qui sortent par là de leur véritable rôle d'auxiliaires. On ne leur demande que ce qu'ils sont à même de donner, c'est-à-dire les premiers rudiments de la doctrine; on s'en pénètre tant bien que mal, et qui sait? peut-être se prend-on dès lors pour un romaniste.

Si ce tableau est vrai, il justifie ma tentative. Faire un livre qui pût suffire aux vaillants sans décourager les faibles, dérouler sous une forme nette et précise les grands principes et leurs exceptions capitales, esquisser l'ensemble de la législation de Rome dans un ordre à peu près méthodique et dans un cadre à peu près régulier, telles ont été mes vues. Je n'ai rien omis des matières comprises dans le programme universitaire, en mesurant la longueur des détails sur l'importance des sujets.

Quant à mon plan, il tient dans quelques mots. Destiné à l'usage des Facultés de droit, cet ouvrage est nécessairement un commentaire des Institutes de Justinien et des textes classiques qu'on y rattache d'habitude. Mais il n'en contient pas la reproduction latine; c'est à dessein que je l'en ai proscrite. Car elle eût fait double emploi avec les recueils si commodes et depuis longtemps connus, dont l'acquisition est nécessaire toujours et quand même, et qui ont le grand avantage de joindre à la compilation élémentaire de Justinien d'autres précieux monuments de la jurisprudence antique, comme les *Institutiones* de Gaius, les *Regulæ* d'Ulpien, les *Sententiæ* de Paul, les *Fragmenta Vaticana*, etc. Ces collections, réunies et pour ainsi dire condensées dans un petit volume portatif, sont un *vade mecum* infiniment utile à

l'étudiant (1); il ne négligera pas de frayer même avec le *Corpus juris* s'il a le généreux souci d'aller loin sur la route. Je me suis donc fait un devoir de marquer, au début de chacun de mes chapitres, le titre des Institutes qui en est l'objet, et je donne, à la fin des plus importants paragraphes, l'indication succincte des fragments de jurisconsultes, des lois du Digeste ou des Constitutions du Code qui les appuient et les confirment.

J'ai suivi d'aussi près que possible la marche de Justinien. Il m'a paru néanmoins préférable de m'en écarter une fois. Mon œuvre se divise en trois grandes parties : la première, relative aux personnes, et la troisième, relative aux actions, ne sont que l'explication des livres I et IV des Institutes, et n'en modifient aucunement le système général. La deuxième est le développement des livres II et III des Institutes; consacrée au patrimoine, elle appelle irrésistiblement une triple subdivision. Car il y faut examiner d'abord les deux éléments constitutifs du patrimoine, qui sont les droits réels et les obligations ou droits de créance, pour arriver ensuite à ses modes de transmission, qui sont principalement les successions testamentaire et légitime. Or les commissaires de Justinien, par une fatale inadvertance héritée de Gaius et perpétuée jusqu'à notre Code civil, ont brouillé ces notions si claires et bouleversé cet ordre si normal, en intercalant comme à plaisir les successions entre les droits réels et les droits de créance. Malgré l'étrange autorité que lui ont donnée les siècles, cette erreur de méthode est toujours regrettable et parfois dangereuse; elle peut jeter une irréparable confusion dans les esprits novices et qui répugnent aux idées synthétiques. J'ai donc eu l'au-

(1) Je recommande particulièrement le *Manuale synopticum* de M. Pellat ou le *Novum Enchiridion* de M. Giraud.

dace aisément pardonnable de secouer le joug d'une mauvaise tradition. Après les droits réels, je traite des obligations ou droits de créance, et l'exposé des successions vient à sa place rationnelle, c'est-à-dire en troisième lieu. Ce procédé n'a que des avantages pour les candidats au premier examen de licence ou de doctorat, puisque leurs études portent sur l'ensemble de la loi romaine, et que cet aspect nouveau leur en découvrira mieux l'imposante harmonie. Pour les élèves de première année, dont le programme embrasse les théories des personnes, des droits réels, des donations et des testaments, aucun inconvénient n'est à redouter. Car mon *Cours* n'a qu'un volume; en conséquence, parvenus à la fin des donations, ils passeront par-dessus les obligations pour atteindre d'un bond les testaments: ce n'est là pour eux qu'une affaire de table à consulter, de feuilles à tourner et de pages à franchir.

Voilà ce que j'ai voulu faire; on verra ce que j'ai fait. Mes vœux seront comblés, si j'ai pu faciliter aux étudiants l'accès de cette noble science du droit romain, qui a l'abord austère et rude, comme tout ce qui est haut. A peine sorti des rangs de la jeunesse des écoles, je sens encore ses besoins, et je la sers parce que je l'aime. C'est avec bonheur que j'ai travaillé pour elle du cœur et de l'esprit.

E.-D. PAILHÉ.

PRÉFACE

DE LA TROISIÈME ÉDITION.

En publiant ce cours élémentaire de droit romain, mon regretté et savant maître, M. Pailhé, se proposait, ainsi qu'il l'a dit lui-même dans la préface de la première édition, de combler une lacune. Il voulait écrire un ouvrage qui tînt le milieu entre les simples manuels et les gros traités et qui pût, tout en initiant les étudiants aux principes de la législation romaine, leur faciliter la préparation aux examens et leur rendre plus accessible la lecture des divers travaux de nos romanistes modernes.

Le succès de ce livre arrivé, en quelques années, à la troisième édition, permet d'affirmer hautement aujourd'hui que M. Pailhé ne s'était pas trompé et qu'il a su atteindre le but qu'il poursuivait. L'accueil que lui ont fait les étudiants de nos facultés ne suffit-il pas, en effet, pour démontrer que cet ouvrage n'est pas sans quelque mérite, et ne prouve-t-il pas surtout qu'il peut être d'un réel profit pour tous ceux qui veulent aborder l'étude des lois romaines.

Pour rendre ce livre plus pratique, et par conséquent plus profitable encore, et aussi pour le mettre en harmonie avec les modifications introduites dans le régime des études juridiques par le décret du 28 décembre 1880,

j'ai pensé qu'il serait utile de le diviser en deux volumes correspondant aux deux années consacrées à l'enseignement du droit romain. Le tome premier, renfermant les matières de la première année, suffira aux élèves qui se préparent au premier examen de baccalauréat ; le tome second, contenant les matières comprises dans le programme de la deuxième année, servira spécialement à la préparation du second examen. Mais j'ai dû, pour cela, m'écarter de la méthode primitivement adoptée par l'auteur et revenir au plan des Institutes qui, peu logique sans doute, est cependant conforme aux programmes universitaires. Néanmoins, pour ne pas scinder l'exposé général des successions, j'ai cru devoir placer la théorie des successions *ab intestat* à la fin du tome premier, bien qu'en réalité cette théorie fasse officiellement partie de l'enseignement de la deuxième année (1).

D'ailleurs, à part cette modification de plan, la troisième édition diffère peu de la seconde; je me suis borné à compléter les citations, à réviser soigneusement les textes et à combler quelques lacunes de détail; j'ai voulu conserver, avant tout, à l'œuvre de mon maître vénéré, sa physionomie si vivante et si originale.

J'ose espérer que la jeunesse de nos écoles accueillera cette nouvelle édition avec la même faveur que les deux précédentes; mon désir le plus sincère serait de pouvoir contribuer, pour une part, si modeste qu'elle soit, au succès du livre de M. Pailhé, et ma seule ambition serait d'y parvenir.

Ch. Tartari.

(1) Il est, du reste en usage, dans certaines facultés, d'exposer les successions *ab intestat* dans le cours de première année.

PRÉLIMINAIRES.

DÉFINITION ET DIVISIONS DU DROIT ROMAIN.

(*Inst.*, L. I, t. I; t. II).

Le droit romain est l'ensemble des lois qui ont régi le peuple romain à toutes les époques de son histoire. Pour les jurisconsultes modernes, qui ne peuvent le considérer que sous le rapport historique, il embrasse particulièrement l'immense période des Douze-Tables à Justinien, en atteignant son apogée aux deuxième et troisième siècles de notre ère.

Première division, d'après les intérêts qu'il règle. — Une division fondamentale du droit romain le partage en droit public et droit privé (*Inst.*, L. I, t. I, *De justitia et jure*, § 4).

Le droit public est réduit par les Romains aux trois termes suivants : *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus* (*Ulpien*, L. 1, § 2, D., *De justitia et jure*, 1-1). *Sacra*, c'est la détermination officielle des dieux et de leurs cultes; *sacerdotes*, c'est l'organisation des divers sacerdoces; *magistratus*, c'est le règlement des magistratures, avec leurs modes de recrutement et leurs attributions. Restent en dehors de ce cadre : 1° le droit des gens international, que Rome n'a pas connu; 2° le droit administratif, qu'elle fit rentrer, partie dans le droit public, partie dans le droit privé; 3° le droit criminel, qu'il faut sans doute classer à part, comme une branche distincte de toutes les autres; les Institutes, le Digeste et le Code lui consacrent des livres ou titres spéciaux.

Le droit privé a pour fonction essentielle de régler les relations des particuliers entre eux. Par le fond et par la forme, par la mé-

thode et par l'équité, il est infiniment supérieur au droit public chez les Romains. Les Institutes, si ce n'est au dernier titre du livre IV (*De publicis judiciis*), se renferment dans l'exposition du *jus privatum ;* il sera seul étudié dans cet ouvrage.

Deuxième division, tirée de l'étendue de son application. — Justinien subdivise le droit privé en *jus naturale*, *jus gentium* et *jus civile* (*Inst.*, L. I, t. I, *De justitia et jure*, § 4).

Mais on doit retrancher le premier terme de cette subdivision tripartite. Les Institutes, en effet, entendent par *jus naturale* un droit applicable aux animaux aussi bien qu'aux hommes, *quod natura omnia animalia docuit.* Or il est évident que Justinien confond ici les lois de la nature, nécessaires et généralement irrésistibles, avec les lois sorties de l'esprit humain, destinées à l'homme seul, et qu'il observe ou viole à ses risques et périls. Les premières appartiennent aux sciences naturelles, la science du droit ne s'occupe que des secondes. Les Romains l'ont si bien senti, que plusieurs textes, et les Institutes elles-mêmes, considèrent ailleurs les locutions de *jus naturale* et *jus gentium* comme équivalentes et synonymes (*Gaius*, I, 189; II, 65 et s. — *Inst.*, L. I, t. II, *De jure nat. gent. et civili*, § 11).

Le droit privé ne peut donc se partager qu'en *jus gentium* et *jus civile.*

On appelle *jus gentium* ou *jus naturale* les règles que les tribunaux romains appliquent et sanctionnent sans différence entre les citoyens et ceux qui ne le sont pas; on appelle *jus civile* les règles qu'ils ne doivent appliquer et sanctionner qu'entre les citoyens. Il est certain d'ailleurs que Rome eut moins de répugnance à rendre accessibles aux étrangers les institutions en quelque sorte cosmopolites, c'est-à-dire qui se retrouvent dans toutes les législations, et qu'elle réserva de préférence aux Romains ses institutions nationales (*Gaius*, I, 55; II, 65; III, 93) (1).

Troisième division, tirée de son mode de formation. — Le droit privé se subdivise en *jus scriptum* et *jus non scriptum.* Cette

(1) L'expression *jus civile* a quelquefois une autre portée; elle signifie suivant les cas : 1° tout droit autre que le droit public ou criminel; elle est alors synonyme de *jus privatum*, et c'est là son acception la plus ordinaire chez nous; 2° tout droit autre que le droit honoraire ou prétorien, c'est-à-dire organisé par les magistrats investis de la *jurisdictio;* 3° le droit introduit par l'action des jurisconsultes; ce dernier sens est plus technique.

subdivision, qui est de tous les temps et de tous les lieux, n'implique aucunement la distinction matérielle de règles qui seraient toujours écrites et d'autres qui ne le seraient jamais (*Inst.*, L. I, t. II, *De jure naturali*, §§ 3, 10).

Le *jus non scriptum* est le droit non promulgué, formé peu à peu par la coutume. Entre autres institutions qui lui appartiennent à Rome, il faut signaler les théories remarquables de l'exhérédation des *sui heredes*, de la substitution pupillaire, du testament inofficieux et de la nullité des donations entre époux.

Le *jus scriptum* est le droit formulé par une autorité qui en a le pouvoir, et promulgué régulièrement à certaine date. Il dérive de sources diverses, suivant les pays et les époques. A Rome, il se constitue par six procédés, qui sont : la loi, le plébiscite, le sénatusconsulte, les constitutions impériales, l'édit des magistrats et les réponses des prudents.

I. Loi, *lex;* c'est la décision prise, sur la proposition du roi ou d'un *magistratus senatorius*, par tous les citoyens, patriciens ou plébéiens, réunis dans les comices-curies ou dans les comices-centuries; il y a donc deux espèces de lois, dont la seconde est de beaucoup prédominante, *leges curiatæ* et *leges centuriatæ.*

II. Plébiscite, *plebiscitum;* c'est la décision prise, sur la proposition d'un tribun, dans les comices-tribus, soit à l'origine par les seuls plébéiens, soit par le peuple tout entier depuis une loi Hortensia qui la rendit, en 467 de Rome, obligatoire pour les patriciens eux-mêmes.

III. Sénatusconsulte, *senatusconsultum;* c'est la décision prise par le Sénat; cette source du droit se développa surtout aux temps de l'Empire, après la disparition effective des comices.

IV. Constitutions impériales; elles ont leur plus grand essor depuis Dioclétien; on en distingue plusieurs catégories : les *edicta*, dispositions émanées de l'initiative de l'empereur, générales et pour l'avenir; les *decreta*, jugements rendus par l'empereur; les *rescripta*, réponses adressées à des magistrats, juges ou particuliers, qui consultent l'empereur sur un point de droit embarrassant; les *mandata*, instructions adressées aux divers fonctionnaires de l'Empire; les décrets et rescrits n'eurent d'abord force de loi qu'en vertu d'une disposition formelle du prince; mais elle leur fut attachée en principe par Justinien (L. 12, pr., C., *De legibus*, 1-14).

V. Édit des magistrats, surtout des préteurs; c'était l'exposé

qu'ils faisaient, à leur entrée en charge, de la façon dont ils appliqueraient la loi; progressivement améliorés et maintenus dans leurs éléments principaux, ces édits finirent par former à la longue un enchaînement de pratiques et de doctrines qui constitua le droit prétorien; ils passèrent du domaine de la coutume dans le domaine du *jus scriptum*, lorsque le jurisconsulte Julien les condensa dans un recueil célèbre sous le nom d'*Edictum perpetuum;* ce fut sur l'ordre d'Adrien, qui confirma cette œuvre par un sénatusconsulte et l'investit de l'autorité légale.

VI. Réponses des prudents, *responsa prudentûm;* ce sont les décisions des jurisconsultes officiels, c'est-à-dire favorisés par l'empereur du *jus respondendi publicè*, faculté de donner des consultations en son nom; imaginé par Auguste, ce privilège devient à l'époque d'Adrien une source du droit (*jus jura condendi*); en effet, à partir de ce prince, les réponses des jurisconsultes privilégiés lient le juge, pourvu qu'elles soient unanimes et ne heurtent pas des textes formels. Mais depuis Théodose le Jeune, la célèbre loi des citations rendue en l'an 426 de notre ère enlève aux jurisconsultes le *jus jura condendi* et les réduit désormais au rôle de simples interprètes (*Inst.*, L. I, t. II, *De jure naturali*, §§ 4-9. — L. 3, C. Th., *De resp. prud.*, 1-4) (1).

Cette distinction entre le droit écrit et le droit non écrit n'a pas d'importance pratique, parce que la force obligatoire du droit reste la même dans tous les cas. En revanche, l'intérêt philosophique en est grand; car la coutume, sortie des entrailles mêmes de la nation, serait la meilleure des manifestations de la loi, si la constatation n'en offrait d'inextricables difficultés. Mais fût-elle un jour ou l'autre confiée à l'écriture, elle n'en conserve pas moins le nom de *jus non scriptum;* au contraire, le droit non promulgué s'appelle *jus scriptum*, n'eût-il jamais été ni écrit ni gravé.

Quatrième division, tirée de son objet. — Des trois divisions précédentes, aucune ne peut servir de cadre à ce traité. La première est trop générale, puisqu'il ne s'agit ici que du *jus privatum*. Les deux autres amèneraient à rechercher dans chaque sujet de droit privé, la part du *jus gentium* et du *jus civile*, du *jus scriptum* et du *jus non scriptum;* ce serait la dislocation de toutes les matières, la confusion et le chaos.

(1) Théodose conserva cependant toute leur autorité aux écrits de cinq jurisconsultes classiques : Gaius, Papinien, Ulpien et Modestin.

Aussi Gaius et Justinien suivent-ils une méthode qui a fait fortune, et que s'est appropriée notre Code civil. D'après une classification naturelle des objets du droit, ils le partagent en trois parties, relatives aux personnes, aux choses, aux actions : *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet* (*Gaius*, I, 8. — *Inst.*, L. I, t. II, *De jure naturali*, § 12).

Dans la rigueur spéculative, cette division n'échappe pas à la critique; car il est incontestable que le droit a les personnes pour objet unique, puisqu'il n'examine dans les choses que leurs rapports légaux avec les personnes; Justinien le fait lui-même observer, *parum est jus nosse, si personæ, quarum causa statuum est, ignorentur*. Mais si l'on veut aller au sens raisonnable des mots, on reconnaîtra que ce classement n'a rien de contraire à la vérité pratique.

En effet, l'étude des personnes les envisage, abstraction faite de leurs relations avec les choses, dans leur état et capacité, c'est-à-dire dans leur situation de nationalité et de famille.

L'étude des choses nous les montre dans leurs relations avec les personnes, qui sont investies sur elles de droits immédiats, comme la propriété, ou médiats, comme les créances. En d'autres termes, nous y voyons presque toutes ces choses devenir des *biens*.

Enfin l'étude des actions est le complément nécessaire des deux autres; elle suppose méconnus les droits précédemment étudiés, et trace les voies à suivre pour en obtenir l'exécution.

En s'élevant de ce point de départ à la conclusion générale, il faut dire que la théorie des personnes a pour objet les droits pécuniairement inappréciables de *nationalité et de famille;* la théorie des choses a pour objet les droits appréciables en argent et constitutifs *du patrimoine;* la théorie des actions a pour objet la sanction judiciaire de tous ces droits. Suivant l'énergique formule d'un ancien commentateur : *Omne jus redditur personis, de rebus, per actiones.*

PREMIÈRE PARTIE.

THÉORIE DES PERSONNES.

(*Inst.*, L. I, t. III à XXVI.)

Dans un sens originaire, *persona* désigne le masque des acteurs, percé d'une ouverture pour donner passage à la voix en la grossissant (*personare*).

Dans une acception voisine de ce premier sens, *persona* désigne un rôle joué dans la société; par exemple, on est esclave ou libre, père de famille ou fils de famille, tuteur ou pupille, etc. A ce point de vue, on peut avoir plusieurs *personæ;* car on peut être en même temps libre, père, tuteur, etc. La personne ne constitue pas alors une réalité concrète, mais une abstraction légale, une qualité productive de tels ou tels effets juridiques.

Enfin dans son sens ordinaire, *persona* désigne tout être capable de devenir le sujet actif ou passif d'un droit. La personne ainsi comprise peut être réelle ou morale.

Quant aux personnes morales, elles ne sont que fictives et de création légale; telles sont : les cités, diverses corporations, certaines sociétés, et sous Justinien les églises. Dans les Institutes, aucun texte ne les concerne : il faudra donc se borner à la constatation incidente et rapide de leurs principales règles (L. 1, pr., D., *Quod cujuscumque universitatis*, 3-4).

La personne réelle, c'est la personne physique. Elle ne compte pour telle en droit, que du moment de sa naissance au moment de sa mort, si ce n'est dans les cas exceptionnels où les Romains appliquent la célèbre maxime qui règne chez nous : *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* (Cf. C. C., art. 906).

Le fond et l'essence même de la théorie des personnes ou *jus personarum*, c'est l'étude de leur état. Or, la plénitude d'état d'une personne suppose trois éléments : la liberté, la cité, la famille; *status libertatis, status civitatis, status familiæ*. Ces trois éléments sont entre eux dans un tel rapport qu'on ne peut avoir le *status familiæ* sans les deux précédents, ni le *status civitatis* sans le premier; le *status libertatis* est donc la base nécessaire des autres, et quiconque ne l'a pas ne saurait compter juridiquement au nombre des personnes. En résumé, l'état des personnes est susceptible de trois degrés; il paraît donc logique d'en renfermer l'étude dans ce cadre de la liberté, de la cité et de la famille, avec les règles et les institutions qui leur sont corrélatives.

Justinien présente deux grandes divisions des personnes, l'une et l'autre absolument générales. Il distingue : 1° les personnes libres et les personnes esclaves (*Inst.*, L. I, t. III, *De jure personarum*); 2° les personnes *alieni juris* et les personnes *sui juris* (*Inst.*, L. I, t. VIII, *De iis qui sui vel alieni juris sunt*).

Chacune de ces divisions comprend les esclaves, qui manquent pourtant du plus indispensable élément de la personne, le *status libertatis*. C'est une première protestation de la nature, plus forte que la loi, contre la rigueur artificielle qui leur infligeait le nom et la qualité des choses. Leur personnalité humaine s'imposait et s'inscrivait d'elle-même dans les classifications.



PREMIÈRE DIVISION.

PERSONNES ESCLAVES OU LIBRES.

(*Inst.*, L. I, t. III à VII.)

Dans le langage du droit, mal à propos abandonné par les Institutes pour un essai de définition philosophique, la liberté est l'état normal de celui qui n'est soumis à la propriété de personne. L'esclavage est au contraire l'état de l'individu qui a un propriétaire (*Inst.*, L. I, t. III, *De jure pers.*, §§ 1, 2).

CHAPITRE I.

ESCLAVES.

(*Inst.*, L. I, t. III, IV, VIII.)

L'esclavage était un des principaux ressorts des sociétés antiques; il se lie spécialement à toutes les idées des Romains en matière politique, économique et civile; il est donc impossible de comprendre l'histoire, les mœurs et le droit de Rome, sans apprécier ses théories relatives à la *servitus*.

Les Romains constataient eux-mêmes que l'esclavage est une violation de la nature, *contrà naturam*; comment donc l'ont-ils admis? On en propose deux raisons, qui sont l'une et l'autre de purs sophismes; la première suppose au vainqueur le droit de tuer ses captifs, d'où résulterait que l'esclavage est un bienfait pour les prisonniers qu'il sauve de la mort; la seconde attribue au vainqueur la propriété de ses captifs comme de leurs biens, d'où résulterait qu'il peut s'arroger légitimement le monopole de leurs services. Nous n'insisterons pas sur ces prétendues justifications d'un état injustifiable (*Inst.*, L. I, t. III, *De jure pers.*, §§ 2, 3; L. II, t. I, *De divisione rerum*, § 17).

Nous traiterons successivement de la constitution de l'esclavage et de la condition des esclaves.

PREMIÈRE SECTION.

CONSTITUTION DE L'ESCLAVAGE.

On divise les modes constitutifs de l'esclavage en deux classes : les uns du droit des gens, les autres du droit civil.

§ I.

Modes du droit des gens.

Les causes d'esclavage du droit des gens sont la *captivité* et la *naissance*. On les rattache au droit des gens, parce que la captivité rend tout aussi bien un Romain esclave des étrangers qu'un étranger esclave des Romains, et parce que la femme esclave transmet partout sa condition à ses enfants. Ces deux causes d'esclavage sont d'ailleurs les plus fécondes et les plus anciennes; nous avons même vu dans la captivité le cas le plus simple et la première source de la servitude.

Captivité. — La captivité produit l'esclavage, soit en temps de paix, soit en temps de guerre (L. 5, § 2, D., *De captivis*, 49-15. — *Inst.*, L. I, t. III, § 4, *De jure pers.*).

Les Romains distinguaient deux catégories d'étrangers. Envers les uns, qu'ils appelaient *barbari*, ils ne reconnaissaient que le droit du plus fort, et les prisonniers réciproquement faits, même en temps de paix, étaient légalement esclaves. Envers les autres, qu'ils appelaient *peregrini* durant la paix et *hostes* durant la guerre, il existait un droit plus correct, motivé par la parenté des races ou par des souvenirs d'alliance; l'esclavage ne pouvait à leur égard résulter que de la captivité survenue dans le cours d'une guerre régulièrement déclarée. Par là s'expliquent les formalités et cérémonies préalables à l'ouverture des hostilités, et le fait incontestable que le prisonnier des pirates et des brigands, ou le captif d'une guerre civile, n'est pas esclave en droit (L. 19, § 2; 21, § 1; 24, D., *De captivis*, 49-15.)

Naissance. — Pour déterminer la condition originaire et natale d'un individu, la loi romaine applique deux principes généraux : 1° l'enfant, s'il est conçu d'un mariage légitime, suit la condition de son père, en tout autre cas celle de sa mère; cette règle a de l'importance, lorsque les deux époux ne jouissent pas du même état

juridique; 2° la condition du père s'envisage au moment de la conception, parce que son œuvre est dès lors terminée; la condition de la mère s'apprécie au jour de l'accouchement, parce que de sa vie dépend jusqu'alors la vie de l'enfant; pour trouver l'intérêt de la règle, il suffit de supposer un changement apporté dans l'état juridique de l'un ou l'autre des parents, à quelque époque de la gestation. Ces deux maximes, communément applicables à toutes les questions d'état, doivent ici se combiner avec un troisième principe spécialement propre à notre théorie de l'esclavage; 3° la faveur de la liberté déroge au droit commun (*Inst.*, L. I, t. III, § 4, *De jure pers.*; L. II, t. VII, *De donationibus*, § 4 *in fine.* — *Ulpien*, R., t. V, §§ 8, 10).

Éclaircissons cette doctrine par des exemples. La femme qui a conçu *ex justis nuptiis*, c'est-à-dire en état de liberté, a beau accoucher en état d'esclavage; l'enfant sera libre comme l'était son père lors de la conception. Pareillement la femme qui a conçu esclave, mais qui accouche libre, met au monde un enfant libre. Naît enfin libre l'enfant d'une femme qui a joui de la liberté à une heure quelconque de la grossesse, eût-elle été esclave lors de la conception et de l'accouchement; ainsi l'avaient décidé, sous l'impulsion généreuse d'Adrien, certains jurisconsultes dont l'opinion fut définitivement consacrée par Justinien. L'esclavage ne frappe donc à la naissance que l'enfant dont la mère, esclave à la conception, esclave à l'accouchement, n'a jamais été libre pendant la grossesse (L. 18, D., *De statu hominum*, 1-5. — *Inst.*, L. I, t. IV, *De ingenuis*, pr.).

§ II.

Modes du droit civil.

Dans le très ancien droit romain, aux époques presque fabuleuses des rois et des Douze-Tables, devenaient esclaves : 1° le citoyen qui refusait le service militaire; 2° celui qui ne s'était pas fait inscrire sur les registres du cens; 3° le débiteur condamné qui n'exécutait pas la sentence dans le délai légal; 4° le *fur manifestus* ou voleur pris en flagrant délit. Ces premières causes d'esclavage ne sont plus qu'un souvenir au temps classique (1).

(1) Voir : L. 4. § 10, D., *De re militari*, 49-16. — *Gaius*, III, 189. — Cicéron, *Pro Cæcina*, n° 34. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, L. XX, ch. 1.

Sous les jurisconsultes et les empereurs, on en relève quatre mieux connues :

1° L'empereur Claude tente de réagir contre le désordre des mœurs par un sénatusconsulte qui a gardé son nom, bien que des résistances en aient amené le renouvellement sous Vespasien. D'après le sénatusconsulte Claudien, la femme libre, consciente de sa condition, qui persistait dans des relations coupables avec l'esclave d'autrui, nonobstant trois sommations du maître, était acquise à ce maître, avec tout son patrimoine; ses enfants précédemment nés ou conçus restaient libres. Justinien supprima le Claudien (Suétone, *Vespasien*, 11. — *Inst.*, L. III, t. XII, *De succ. subl.*, § 1. — Tacite, *Annales*, L. XII, ch. 53).

2° Certaines condamnations capitales, telles que les condamnations *ad ferrum*, *ad bestias*, *ad metallum*, entraînaient la perte de la liberté. L'esclavage prenait date du jour où la sentence devenait définitive par l'expiration du délai de l'appel ou le rejet de l'appel (L. 2, § 2, D., *De pœnis*, 48-19). Ces esclaves s'appelaient *servi pœnæ*. Justinien, dans l'intérêt religieux de la conservation du mariage, décida que le condamné aux mines resterait libre en droit (Nov. 22, ch. 8) (1).

3° L'ingratitude de l'affranchi envers son patron, diversement punie jusqu'à Commode, put en vertu d'une décision de ce prince motiver la perte de la liberté; n'était admis à demander cette révocation que le patron qui avait affranchi son esclave spontanément et sans obligation; il fallait une sentence du magistrat, rendue sur la constatation d'une ingratitude bien caractérisée, comme par exemple, un refus d'aliments ou des sévices matériels. Justinien a maintenu cette règle salutaire; mais deux Constitutions d'Honorius et de Théodose l'avaient injustement aggravée, en l'étendant aux rapports de l'affranchi avec les enfants du patron, ou du patron avec les enfants de l'affranchi (*Inst.*, L. I, t. XVI, *De capitis deminut.*, § 1. — L. 6, § 1, D., *De agn. vel alend. liberis*, 25-3).

4° L'usage avait révélé le danger d'une curieuse supercherie. Deux fourbes se donnaient pour le maître et l'esclave, et l'un vendait l'autre; le prix une fois payé et partagé, le vendu réclamait sa qualité de libre; le double principe que la liberté est inaliénable, et que l'état des personnes ne dépend pas des conventions privées,

(1) Cette décision fut probablement étendue dans la pratique à toutes les condamnations qui faisaient encourir la *servitus pœnæ*.

lui assurait un facile triomphe. Les principes généraux de la vente ouvraient bien à l'acheteur ainsi évincé un recours en garantie contre le vendeur, et les préteurs lui accordaient contre le vendu une action au double du préjudice subi; mais il va de soi que les deux complices étaient le plus souvent insolvables. Aussi fut-il décidé, pour couper le mal par la racine, que l'acheteur deviendrait propriétaire du vendu; ce résultat demeura subordonné à quatre conditions; car en supposant la bonne foi de l'acheteur, la mauvaise foi du vendeur et du vendu, et le partage du prix entre les auteurs de la fraude, on exigeait de plus que le prétendu esclave eût vingt ans accomplis au moment du partage. Ce dernier cas de servitude, en vigueur sous l'Empire et dans le droit des Institutes, fut plus tard aboli par Léon le Philosophe (*Inst.*, L. I, t. III, *De jure personarum*, § 4 *in fine*. — L. 7, § 1, D., *De liberali causa*, 40-12. — Léon, Novelle 59).

DEUXIÈME SECTION.

CONDITION DES ESCLAVES.

Si l'esclavage a plusieurs causes, les textes posent en principe que la condition juridique des esclaves est toujours la même pour tous; car entre personnes dépourvues de tout droit, on ne distingue aucun degré; *in servorum conditione nulla est differentia* (*Inst.*, L. I, t. III, *De jure pers.*, § 1).

Nous verrons cependant que cette proposition est trop absolue.

§ I.

Situation de l'esclave envers le maître.

Les rapports de l'esclave avec le maître se résument dans l'idée que l'un est propriétaire de l'autre; suivons les conséquences de cette propriété sur la personne et sur les biens.

Pouvoir du maître sur la personne. — Le pouvoir du maître sur la personne de l'esclave a reçu, dans le cours de la législation romaine, d'importantes modifications dont les causes et les effets sont intéressants.

A l'origine, le pouvoir du maître est absolu; c'est le droit de vie et de mort (*jus vitæ necisque*) (*Gaius*, I, 52. — *Inst.*, L. I, t. VII, *De iis qui sui vel alieni*, § 1).

Les premiers Romains n'abusaient pas de cette faculté redoutable; mais au temps des grandes conquêtes, les esclaves se recrutèrent parmi des nations de plus en plus lointaines et méprisées; il n'y eut pas de bornes aux cruautés de maîtres de plus en plus capricieux et corrompus. De là, protestations des philosophes et des patriotes qui évoquèrent plus d'une fois l'ombre menaçante de Spartacus. L'honneur de la réforme appartient aux empereurs des deux premiers siècles de notre ère. Sans parler des modifications de détail inspirées à l'humanité d'Auguste, de Claude et d'Adrien, il faut signaler comme définitives les décisions d'Antonin le Pieux. D'une part, au maître qui tuait un esclave sans cause, fut infligée la même peine qu'au meurtrier de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire la mort ou la déportation prononcée par une loi Cornélia; d'autre part, le maître qui maltraitait son esclave sans cause se vit désormais contraint à le vendre; le prix touché sauvegardait son intérêt, et comme il ne pouvait attacher au contrat de clause défavorable à l'esclave, ce dernier avait quelque chance d'entrer dans un meilleur avenir. Les deux Constitutions d'Antonin sont mentionnées aux Institutes; ce prince avait fait le pas essentiel, et les empereurs chrétiens n'eurent plus à régir que certaines hypothèses spéciales (*Inst.*, L. I, t. VIII, *De iis qui sui vel alieni*, § 2).

Privé de son droit absolu, le maître garda néanmoins sur l'esclave une large faculté de correction. Il est à peine besoin de noter qu'il a toujours pu l'aliéner, le grever de droits réels, le revendiquer, le posséder, l'abandonner *ex noxali causa*, comme il faisait d'un bœuf ou d'un mulet.

Pouvoirs du maître sur les biens. — La propriété de l'esclave confère d'ailleurs au maître une prérogative capitale, qui ne s'est jamais atténuée comme la précédente, et dont la rigueur est aussi forte sous Justinien qu'au temps des Douze-Tables. L'esclave ne saurait avoir de patrimoine, et tout ce qu'il acquiert par une voie quelconque est acquis au maître; lorsque son acquisition est de telle nature que le maître n'en peut profiter, elle ne se réalise pas. Nous déduirons plus loin les différentes conséquences de cette règle, il suffit maintenant de poser le principe (*Inst.*, L. I, t. III, *De iis qui sui vel alieni*, § 1 (1).

(1) De ce que l'esclave ne peut rien acquérir en propre, il en résulte qu'il ne peut pas se racheter *directement* lui-même, car il n'aura jamais à sa disposition une valeur qu'il puisse donner à son maître en échange de la liberté.

Du reste, s'il plaît au maître de confier ou de laisser à l'esclave l'administration et la jouissance de certaines valeurs, rien ne l'en empêche ; c'est là ce qu'on nomme le *pécule*. Mais il reste libre de le reprendre à son gré (L. 8, D., *De peculio*, 15-1).

L'esclave n'est, on le voit, que l'organe ou l'instrument de son maître, et seulement pour acquérir (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas personas nobis adquiritur*).

§ II.

Situation de l'esclave envers les tiers.

Les rapports de l'esclave avec les tiers, quoique dominés par la théorie de son anéantissement devant le maître, se ressentent néanmoins d'une capacité personnelle, de fait plutôt que de droit, qu'on n'a pu lui nier.

Le principe est bien, en effet, que l'esclave n'a pas de personnalité proprement dite : par exemple, il ne peut ni contracter mariage, ni figurer comme témoin dans un testament, ni agir en justice. Mais il a fallu céder à la force des choses sur quelques points. Ainsi l'union des sexes est admise et reconnue entre esclaves, sous le nom de *contubernium;* il en résulte une parenté véritable, une *cognatio servilis* que le droit a consacrée, notamment en y attachant un empêchement au mariage et même une certaine vocation héréditaire. Bien plus, il naît du délit de l'esclave une obligation *civile*, et de son contrat une obligation *naturelle;* dans les deux cas, ce lien obligatoire ne devient pratiquement efficace contre l'esclave qu'après sa mise en liberté, qui lui permet d'acquérir un patrimoine. Mais il arrive souvent que l'effet des contrats ou des délits de l'esclave rejaillit sur le maître, avant l'affranchissement, soit *jure prætorio* grâce à la théorie des actions *adjectitiæ qualitatis,* soit *jure civili* grâce à la théorie des actions noxales (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 10; L. III, t. VI, *De gradibus cognationis*, § 10. — *Gaius*, IV, 77) (1).

§ III.

Conclusion générale.

On se demande souvent si l'esclave en droit romain est une personne ou une chose. La question est complexe.

(1) L'esclave pouvait, avec l'assentiment de son maître, faire partie de certaines corporations, *collegia tenuiorum* (L. 3, § 2, D., *De collegiis*, 47-22).

Considéré dans ses relations avec le maître, l'esclave est une chose, *res;* car on le voit susceptible de propriété, passible de tout autre droit réel, donné en usufruit, en gage, frappé d'hypothèque, comme une bête de somme. Aussi les Romains le rangeaient-ils dans la classification des choses, parmi les *res mancipi* (*Ulpien*, R., t. XIX, § 1). Seulement il pouvait représenter pour son maître l'immense valeur de l'intelligence, il avait chance d'obtenir l'existence juridique par l'affranchissement, et les lois de la nature qui font toujours échec aux conceptions purement artificielles, amenèrent les empereurs à reconnaître son caractère d'homme, par des mesures protectrices. Aussi le voit-on classé dans les divisions des *personæ* (*Inst.*, L. I, t. III, *De jure pers.*, pr.).

Considéré dans ses relations avec les tiers, l'esclave paraît bien être une personne. Car, soit en acquérant pour son maître, soit en s'obligeant pour son compte, il est admis à figurer comme partie dans la plupart des actes juridiques. Il ne faut donc pas accepter sans réserves l'assimilation qu'on a coutume d'établir entre les esclaves et les choses.

Il est à peine utile de rappeler que la volonté du maître pouvait créer et supprimer entre les esclaves des différences de fait, suivant leurs aptitudes et ses fantaisies. D'ailleurs, même au point de vue du droit, on met à part : 1° les *servi publici*, esclaves compris dans le domaine public de l'État; généralement attachés au service des magistrats ou des temples, ils jouissaient de plus que les autres de la faculté d'avoir un patrimoine, puisqu'ils pouvaient disposer par testament de la motié de leurs biens; 2° les *servi sine domino*, esclaves qui n'appartenaient à personne, tels que les *servi pœnæ* et les *servi derelicti* (esclaves abandonnés par leurs maîtres); ils étaient au-dessous du niveau commun; car ils ne pouvaient réaliser aucune acquisition au bénéfice de personne (*Ulpien*, R., t. XX, § 16).

CHAPITRE II.

HOMMES LIBRES.

(*Inst.*, L. I, t. IV, V, VI, VII.)

Les personnes libres se subdivisent en deux classes : 1° en ingénus et affranchis; 2° en citoyens et pérégrins.

PREMIÈRE SECTION.

INGÉNUS ET AFFRANCHIS.

L'ingénu est la personne qui est née libre, et qui n'a jamais cessé de l'être; l'affranchi est la personne libérée d'un esclavage légal, *ex justa servitute manumissus*. Cette subdivision revient donc à distinguer deux classes de personnes libres, celles qui l'ont toujours été, et celles qui ont été esclaves. De là deux règles élémentaires que posent les Institutes (*Inst.*, L. I, t. IV, *De ingenuis*, pr.; L. I, t. V, *De libertinis*, pr.).

1° *Quiconque est affranchi a été esclave;* sous le droit classique, le sénatusconsulte Claudien dérogeait à ce principe, en considérant comme affranchie la femme même ingénue qui vivait *in contubernio* avec l'esclave d'autrui, de l'assentiment du maître (Tacite, *Ann.*, XII, 53).

2° *Quiconque est ingénu n'a pas été esclave;* signalons une exception célèbre, connue sous le nom de *jus postliminii;* le captif échappé à l'ennemi, et revenu définitivement sur la terre romaine, est censé n'avoir jamais passé par l'esclavage, et recouvre rétroactivement tous les droits de nationalité, de famille ou de patrimoine, qui n'avaient pas besoin d'être soutenus par son fait; les jurisconsultes ont tiré de nombreuses conséquences de cette fiction légale.

Dans ces termes, la seule question qui se pose à l'égard de l'ingénu est de savoir comment un enfant naît libre; la réponse dépend de maximes fondamentales déjà constatées (*Suprà*, p. 9). Passons donc aux affranchis, en indiquant pour transition que leurs enfants sont ingénus en principe, puisque de tels enfants naissent libres.

Il y a bien quelques hypothèses où le *servus* devient libre de plein droit; tel est, en vertu d'un édit de Claude, le sort de l'esclave malade abandonné par son maître. Il y en a quelques autres où la liberté est conférée par le magistrat; ainsi l'on récompense de cette façon l'esclave qui a fait connaître le meurtre de son maître, ou qui a dénoncé certains crimes graves (1).

Mais ce sont là des cas très rares; en thèse générale, l'affran-

(1) Voir : L. 4, D., *De manumissionibus*, 40-1. — L. 2, 3, 4, 7, 8, 9, D., *Qui sine man. ad libert. per.*, 40-8. — L. 2, 3, 4, C., *Pro quibus causis servi*, 7-13.

chissement émane du *dominus*, et prend le nom de *manumissio*. Pour suivre le plan des Institutes, il ne sera traité ici que de cette *datio libertatis*.

§ I.

Conditions intrinsèques de l'affranchissement.

La validité d'un affranchissement suppose réunies quatre conditions :

1° Le maître doit affranchir de sa libre volonté ; s'il y était forcé par violence, son œuvre serait nulle ; mais il peut s'y obliger valablement par l'effet d'une convention ou d'un legs, parce que ces actes procèdent de son consentement (*Inst.*, L. II, t. XXIV, *De singulis rebus per fid.*, § 2) ;

2° La personne qui affranchit doit avoir la propriété quiritaire de l'esclave, puisqu'il s'agit de l'aliéner (*Gaius*, II, 267 ; III, 56);

3° Elle doit avoir aussi la capacité d'aliéner les *res mancipi*, puisque l'esclave en est une (*Ulpien*, R., t. I, § 17; t. XI, § 27);

4° L'affranchissement ne doit pas violer les droits acquis aux tiers; supposons, par exemple, que plusieurs personnes aient la copropriété d'un esclave par indivis, et que l'un des maîtres l'affranchisse seul; l'esclave ne peut acquérir la liberté pour partie et le *manumissor* perd sa part de propriété, qui profite aux autres par une sorte de *jus accrescendi*. Justinien abrogea cette règle, il décida que l'esclave deviendrait libre et que l'auteur de l'affranchissement paierait une indemnité à ses copropriétaires, d'après un tarif fixé par l'empereur (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donationibus*, § 4. — L. 1, § 5, C., *De communi servo*, 7-7).

§ II.

Conditions extrinsèques ou formes.

La *manumissio* met en jeu le triple intérêt de l'esclave qui acquiert la liberté, du maître qui la donne, et de la cité qui reçoit un nouveau membre dans son sein; il n'est donc pas étonnant que le droit romain en ait réglé avec précision les formes extérieures. On distingue à cet égard trois périodes.

Ancien droit. — Le droit primitif ne reconnaissait que trois modes d'affranchissement; ils avaient pour trait commun l'intervention directe ou indirecte de l'autorité publique, et pour ce motif

on les nomme *legitimi* ou solennels; c'étaient la vindicte, le cens et le testament (*Gaius*, I, 17. — *Ulpien*, R., t. I, § 6).

La *manumissio vindictâ* mettait quatre personnes en présence : le magistrat, le maître, l'esclave et son représentant, qu'on appelait *assertor libertatis*. Elle se constituait par un débat imaginaire, la fiction d'un procès en revendication de liberté, *liberale judicium*. L'esclave était exclu de l'arène judiciaire; mais son représentant le réclamait comme libre, en le touchant de la *vindicta*, baguette ou lance de bois qui figurait, à titre de symbole, dans les causes relatives à la propriété. Sur l'acquiescement du maître, le préteur prononçait la liberté de l'esclave, par une déclaration nommée *addictio*. Cette décision ne tranchait pas un vrai litige; aussi n'appartenait-elle pas à la juridiction contentieuse du préteur, mais bien à sa juridiction gracieuse; entre autres conséquences, il résultait de là que le magistrat pouvait y procéder tous les jours de l'année, sans l'assistance des licteurs et en dehors de son tribunal; par exemple, sur le chemin du bain ou du théâtre (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 2) (1).

La *manumissio censu* exige trois acteurs : le censeur, le maître et l'esclave; elle consiste simplement dans l'inscription de l'esclave, en qualité de citoyen, sur les registres du cens. Ce procédé offrait le grave inconvénient de n'être possible qu'aux époques de recensement, c'est-à-dire tous les cinq ans, puisque le *census* était *lustralis* (*Ulpien*, R., t. I, § 8).

La *manumissio testamento* consiste en une déclaration de volonté inscrite par le maître dans son testament. On peut distinguer ici : 1° le legs de liberté, *libertas directa*, qui ne s'adresse valablement qu'à l'esclave dont la propriété quiritaire appartenait au testateur, lors du testament et lors du décès; 2° le fidéicommis de liberté, *libertas fideicommissaria*, qui s'adresse même à l'esclave de l'héritier ou d'un tiers. Le premier seul est un véritable affranchissement testamentaire, puisqu'il se suffit à lui-même et rend l'esclave libre *ipso jure*, après la mort du testateur, par le fait de l'adition d'hérédité, sans aucun acte de l'héritier; le second, au contraire, ne produit pour l'esclave qu'un droit à la liberté, que l'héritier sera tenu de lui donner par le cens ou la vindicte. Cependant on a cou-

(1) Le magistrat pouvait aussi affranchir ses propres esclaves (L. 5, D., *De manum. vindict.*, 40-2).

tume de réunir ces deux procédés inégaux sous le même nom de *manumissio testamento*, parce que les restrictions à la liberté d'affranchir par testament leur sont généralement communes (*Ulpien*, R., t. II, §§ 7, 10).

L'affranchissement entre-vifs, par la vindicte ou le cens, a des traits de différence et de ressemblance avec l'affranchissement testamentaire. Il en diffère à deux points de vue : 1° s'il est incontestable que l'irrévocabilité de la liberté repousse d'un affranchissement quelconque toute condition ou terme résolutoires, il est non moins vrai que l'affranchissement testamentaire peut recevoir une modalité suspensive; au contraire, la vindicte et le cens n'en comportent aucune, à raison de l'affirmation écrite ou verbale, mais présente et actuelle, qui est de leur essence; 2° l'esclave affranchi entre-vifs garde le pécule, à moins d'une réserve expresse du maître, qui est censé lui en faire donation pour aider ses premiers pas dans une existence nouvelle; l'esclave affranchi par testament ne retient le pécule qu'en vertu d'une disposition formelle, raisonnablement nécessaire pour dépouiller l'héritier (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

Hormis ces dissemblances, les trois modes solennels de l'ancien droit se confondent dans leur effet, qui est de procurer du même coup à l'affranchi la liberté et la cité. On devenait citoyen ou l'on restait esclave; il n'y avait pas de milieu. Cette unité de condition de tous les affranchis subsista jusqu'aux derniers temps de la République (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 3).

Droit classique. — Si le maître, au lieu d'employer l'un des trois modes solennels, manifestait de toute autre manière sa volonté d'affranchir l'esclave, par exemple, en l'admettant à sa table *per mensam*, en faisant une déclaration devant témoins, *inter amicos*, ou bien en renonçant à la *dominica potestas* par lettre, *per epistolam*, la liberté n'était pas acquise; mais le préteur en conservait la jouissance de fait à l'esclave jusqu'à sa mort. Il ne servait donc plus; néanmoins sa condition juridique restait la même; toutes ses acquisitions appartenaient à son maître; s'il s'agissait d'une femme, ses enfants au premier degré et ses descendants ultérieurs par les filles naissaient en état d'esclavage (*Gaius*, III, 56).

Cette jurisprudence prétorienne fut légalisée par un plébiscite rendu probablement en l'an 671 de Rome, la loi *Junia Norbana*.

Elle décida que la liberté serait désormais acquise à l'esclave affranchi d'une façon quelconque; mais l'emploi des modes solennels resta nécessaire pour lui donner la cité. Dès lors on distingua deux classes d'affranchis, les uns libres et citoyens, les autres libres seulement; ceux-ci prirent le nom de *Latins Juniens*, Latins, parce qu'on les assimilait aux membres des colonies latines, Juniens, parce que leur organisation date de la loi Junia (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 3).

Droit de Justinien. — Ces diverses formes d'affranchissement se trouvent bien simplifiées au temps de Justinien. Le cens tombé en désuétude dès l'époque classique était remplacé depuis Constantin par l'affranchissement fait dans les églises *in sacrosanctis Ecclesiis*, devant l'évêque, en présence des fidèles. La *vindicta* ne comportait désormais qu'une déclaration du maître au magistrat. Le testament ne présentait plus, comme on le verra, de différence entre le legs et le fidéicommis. Justinien put sans inconvénient déclarer efficace la volonté d'affranchir manifestée de l'une ou de l'autre des façons qu'il précisa, soit *per epistolam*, dans une lettre signée de cinq témoins, soit *per nominationem filii*, en appelant l'esclave du nom de fils dans un acte public ou par adoption, soit *inter amicos*, en exprimant la manumission devant cinq témoins, etc. Cependant, si dans le droit des Institutes les conditions extrinsèques de l'affranchissement sont plus faciles qu'autrefois, il faut se garder de croire que le maître puisse affranchir en dehors de certaines formes prescrites (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 1).

§ III.

Restrictions légales à la faculté d'affranchir.

En supposant remplies les diverses exigences de fond et de forme requises pour l'affranchissement, il peut arriver que la loi le prohibe quand même et le déclare nul. Elle s'inspire alors de différents motifs, dont le principal est bien connu; vers la fin de la République, les maîtres ne consultaient, pour mettre les esclaves en liberté, que leur fantaisie personnelle ou leur passion politique, sans considérer l'intérêt public; ils inondaient Rome de citoyens indignes. Des barrières furent dressées contre cet envahissement (*Inst.*, L. II, t. VI-VII).

Nous examinerons les plus importantes de ces mesures défen-

sives : celles qui dérivent des lois *Œlia Sentia* et *Fufia Caninia* (1).

Loi Œlia Sentia. — La loi Œlia Sentia est un plébiscite rendu sous Auguste en l'année 757 de Rome (4 de J.-C). On peut y relever au moins quatre restrictions essentielles à la faculté d'affranchir. Deux de ces restrictions concernent les esclaves; les deux autres concernent les maîtres.

I. *Affranchis déditices.* — La loi *Œlia Sentia* organise d'abord une troisième classe d'affranchis, en déclarant le droit de cité inaccessible aux esclaves qui, pendant leur esclavage, ont subi quelque peine infamante, telle que la marque au fer rouge sur l'ordre du maître ou du magistrat. L'affranchissement ne confère à ces esclaves que la liberté, sans la cité ni même la latinité; par opposition aux affranchis citoyens et aux Latins Juniens, on les appelle *déditices*, du nom que les Romains avaient donné jadis à ceux de leurs vaincus qui s'étaient rendus à discrétion, et qu'ils traitaient avec rigueur et mépris (*Paul*, S., L. IV, t. XII, §§ 3, 8).

Cette disposition de la loi *Œlia Sentia* n'est plus en vigueur sous Justinien, ce prince ne reconnaissant plus qu'une seule classe d'affranchis, les affranchis citoyens (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 3).

II. *Esclaves mineurs de* 30 *ans.* — Une autre disposition de la loi *Œlia Sentia* écartait du droit de cité l'esclave affranchi avant l'âge de trente ans; on craignait sans doute de l'élever trop jeune à des prérogatives dangereuses. Devenait-il Latin Junien ou restait-il en servitude? Il y a quelques nuages sur ce point; le doute doit se trancher vraisemblablement dans le sens de la *latinitas*. Mais il suffisait d'ajouter quelques formes spéciales à la manumission pour lui rendre son effet ordinaire, ainsi qu'on va le voir (*Gaius*, I, 18; *Ulpien*, R., t. I, § 12).

Cette restriction a également disparu dans le dernier état du droit, les Latins Juniens n'existant plus.

III. *Maîtres mineurs de* 20 *ans.* — Une décision plus rigoureuse prononçait la nullité de l'affranchissement émané d'un maître mineur de vingt ans. La loi voulait ainsi protéger le jeune homme contre les faiblesses de son âge, et préserver la cité de libérations

(1) Il y avait encore d'autres restrictions moins importantes imaginées par le droit classique et conservées par Justinien (Voir notamment, L. 8, § 1, L. 9, pr., § 2, D., *De manumiss.*, 40-1; L. 33, D., *De pœnis*, 48-19. — L. 30, § 1, C., *Ad legem Juliam*, 9-9).

irréfléchies. Cette prohibition, étrangère aux affranchissements obligatoires, frappait toute manumission volontaire, qu'elle fût directe ou détournée (1).

Cependant on apportait à cette règle une dérogation nécessaire. Le mineur de vingt ans avait parfois de justes motifs de procéder à l'affranchissement. Tantôt c'était une raison d'intérêt, notamment dans l'hypothèse où le maître désirait confier la direction d'un procès à un esclave, qui devait alors avoir au moins dix-sept ans accomplis; car on n'était pas admis avant cet âge à soutenir une cause en justice. Tantôt c'était une raison d'affection, notamment si le maître voulait affranchir son précepteur, sa nourrice, son frère de lait, ou quelque proche parent, tel que son père, sa mère, etc., ce dernier cas peut se produire, lorsque le maître est un ancien esclave institué héritier par son propriétaire. Ces motifs étaient soumis à l'approbation d'un conseil spécial, de cinq sénateurs et cinq chevaliers à Rome, de vingt récupérateurs en province, choisis et présidés par le magistrat; la décision du *consilium manumissionis* était irrévocable. En la supposant affirmative, l'affranchissement avait lieu par la vindicte, le seul des trois modes solennels dont l'effet fût immédiat et l'application toujours facile; la manumission *inter amicos* restait néanmoins permise, s'il ne s'agissait de donner à l'esclave que la liberté latine (*Gaius*, I, 18, 19, 20).

Justinien ne modifia pas cette législation pour les affranchissements entre-vifs. Mais il permit la manumission par acte de dernière volonté, d'abord à dix-sept ans, ensuite à quatorze ans, dans le but d'établir une coïncidence d'âge entre la capacité de tester et celle d'affranchir; il ne s'aperçut pas qu'aucune relation logique ne rattache ces deux capacités (*Inst.*, L. I, t. VI, *Qui manumittere non possunt*, §§ 4-7; Novelle 119, ch. 2).

IV. *Affranchissement en fraude des créanciers.* — Le préteur avait de longue date ouvert aux créanciers, sous le nom d'action Paulienne, un moyen d'attaquer les actes faits par un débiteur en fraude de leurs droits; mais un affranchissement, irrévocable de sa nature, échappait à toute rescision prétorienne. C'est ici qu'intervint la loi Œlia Sentia, qui annula dans l'intérêt des créanciers les manumissions frauduleusement faites par le débiteur. Après quelques discussions, on subordonna la nullité à deux conditions :

(1) Il faut remarquer qu'ici l'affranchissement n'était pas seulement imparfait, il était nul, l'esclave ne devenait pas Latin Junien, il restait esclave (*Gaius*, I, 41).

1° Il faut que l'affranchissement ait causé aux créanciers un préjudice, *damnun*, *eventus damni*, en créant ou aggravant l'insolvabilité du débiteur; 2° il faut que le débiteur ait agi sciemment, qu'il ait eu le *consilium fraudis* (*Inst.*, L. I, t. VI, *Qui manumittere non possunt*, § 3).

Ces deux conditions réunies, la *manumissio* ne reste pas moins valable à l'égard du *manumissor* et de ses héritiers; ce n'est pas eux que la loi veut protéger. Ne sont admis à demander la nullité que les créanciers antérieurs à l'affranchissement ou qui ont fourni les deniers pour désintéresser les créanciers antérieurs. La réclamation doit s'élever dans un délai de dix ans, si le créancier lésé est le fisc; le délai reste probablement perpétuel dans tout autre cas, mais une Constitution de Dioclétien maintient définitivement en liberté, nonobstant toute attaque, l'esclave qui a vécu libre, de bonne foi, durant vingt années (L. 2, C., *De præscrip. long. temp.*, 7-22).

Il est une curieuse hypothèse où les quatre dispositions précédentes de la loi *Œlia Sentia* ont toujours fléchi devant une considération d'ordre supérieur. C'est lorsque le maître insolvable affranchit son esclave par testament et l'institue héritier; la liberté et la cité sont alors acquises à l'affranchi, même mineur de trente ans ou frappé d'une peine infamante, et le *manumissor* n'eût-il pas encore vingt ans. En effet, si l'esclave ne devenait pas libre et citoyen, il ne pourrait pas devenir héritier; le maître mourrait donc intestat, ce qui répugnait profondément aux mœurs romaines. La loi *Œlia Sentia*, par faveur pour le maître et non pour l'esclave, s'inclina devant cette idée nationale; mais elle réduisit la dérogation au strict nécessaire; en conséquence : 1° l'insolvable ne doit affranchir et instituer qu'un seul esclave, sinon le premier nommé arriverait seul à la liberté; 2° l'esclave ne profite de l'affranchissement et de l'institution, que si nulle des personnes instituées à son défaut ou concurremment ne peut ou ne veut faire adition (*Inst.*, L. I, t. VI, *Qui quibus ex causis man.*, § 1. — L. 57, D., *De hered. instit.*, 28-5).

Loi Fufia Caninia. — La loi *Fufia Caninia*, encore appelée *Furia Caninia*, est également un plébiscite porté sous Auguste en l'an de Rome 761 (8 de J.-C.); elle restreignit la faculté d'affranchir par testament. On avait vu des Romains, désireux d'appeler à leurs funérailles un grand nombre d'affranchis coiffés du bonnet de la liberté (*pileati*) gratifier tous leurs esclaves en bloc de cette géné-

rosité posthume. Le danger de telles ostentations n'était pas à craindre dans les manumissions entre-vifs, parce que l'intérêt du maître assurait sa modération. Aussi la loi *Fufia Caninia* prit-elle une double disposition contre les *manumissiones* par acte de dernière volonté : 1° elle fixa, entre un minimum de deux et un maximum de cent, le nombre d'esclaves qu'un testateur pourrait affranchir, porportionnellement à la quantité qu'il en avait; 2° elle exigea que l'affranchissement testamentaire fût individuel, c'est-à-dire que nul esclave ne puisse devenir libre *ex testamento*, s'il n'est déterminé par son nom ou par toute autre désignation personnelle (*Gaius*, I, 42-46; II, 239).

Justinien supprima la loi *Fufia Caninia*, dont il ne comprenait plus la portée sociale, et qui répugnait d'ailleurs aux nouvelles tendances de son époque (*Inst.*, L. I, t. VII, *De lege Fufia Caninia sublata*. — L. 1, C., *De lege Fufia Can. toll.*, 7-3).

§ IV.

Condition des affranchis.

La condition des affranchis est une dans l'ancien droit comme dans le droit de Justinien (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 3).

Mais au temps classique, les affranchis se divisent en trois classes : les *affranchis citoyens*, issus d'un affranchissement régulier; les *déditices* que rien ne peut laver de la tache subie pendant l'esclavage : entre ces deux catégories, les *Latins Juniens*, dont la qualité dérive de manumissions appliquées à des esclaves mineurs de trente ans, ou réalisées par des modes non solennels, ou émanées de maîtres qui n'avaient pas la pleine propriété quiritaire.

Situation de l'affranchi envers le patron. — Considéré dans ses rapports avec le patron, l'affranchi s'appelle spécialement *libertus*; ce n'est pas ici qu'apparait toute l'importance de la distinction entre les trois classes.

Les droits de patronat, *jura patronatûs*, survivent au lien de la servitude brisé par l'affranchissement. Ils appartiennent à l'ancien maître devenu patron ; après sa mort ils se partagent également, en principe, entre tous ses enfants, quoique institués pour des parts inégales ou même exhérédés, s'il ne les a lui-même réservés à l'un d'eux par l'*adsignatio libertorum* (*Ulpien*, R., t. XXVII, §§ 2, 3. —

L. 7, § 6, D., *De operis libertorum*, 38-1. — *Inst.*, L. III, t. VIII, *De adsignatione libertorum*) (1).

Les droits de patronat se résument en trois termes : *obsequium*, *operæ*, *jus tutelæ et successionis*.

1° *Obsequium*. — On entend par *obsequium* la déférence légalement due par l'affranchi au patron; entre autres conséquences, rappelons que l'irrévérence poussée jusqu'à l'ingratitude replace parfois l'affranchi en esclavage; de plus, il n'est pas admis à poursuivre le patron en justice sans une autorisation du magistrat, et ne peut obtenir contre lui, ni des actions ou des exceptions infamantes, ni une condamnation au delà de ses ressources (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, §§ 12, 38).

2° *Operæ*. — Ce sont les services que l'affranchi promet de rendre à son patron, par un contrat spécial qu'on étudiera plus tard sous le nom de *jurata promissio liberti*; les *operæ fabriles*, services relatifs au métier de l'affranchi, et qui ont pour tout le monde une valeur appréciable en argent, s'opposent aux *operæ officiales*, d'une nature plus exclusivement personnelle; les *operæ fabriles* font l'objet d'une véritable créance susceptible de cession, et diffèrent profondément des autres *jura patronatûs* en ce qu'ils se transmettent à tout héritier, même externe, et qu'ils ne passent jamais aux descendants exhérédés; aussi les textes les traitent-ils *perinde ac pecunia credita*.

3° *Jus tutelæ et successionis*. — Ici on doit distinguer les trois classes d'affranchis : d'une part, on verra que la tutelle n'est pas uniforme pour les affranchis citoyens et non citoyens; d'autre part, le patron exerce, dans les conditions légales, sur les biens que laisse à son décès l'affranchi citoyen, un véritable droit de succession qui se manifeste par la pétition d'hérédité; au contraire, les biens du Latin Junien retournent au patron à titre de pécule, et sont réclamés en vertu d'une propriété antérieure qui se manifeste par la revendication; quant aux biens du déditice, le patron les prend à sa mort comme héritier ou comme propriétaire, suivant que l'affranchissement aura été de nature à conférer la cité ou la latinité (*Gaius*, III, 74, 75, 76. — *Inst.*, L. III, t. VII, *De success. libert.*, § 4).

(1) Lorsque l'esclave devient libre par le fait de la loi ou par l'intervention du magistrat, sans manumission proprement dite, les *jura patronatûs* ne subsistent que dans le cas où l'affranchissement légal n'est pas fondé sur l'indignité du maître (L. 1, §§ 3, 4, C., *De latin. libert. toll.*, 7-6).

Comment s'éteignent les droits de patronat? La mort naturelle du patron ou de l'affranchi les restreint sans les anéantir; ainsi les enfants de l'affranchi peuvent retomber en esclavage pour cause d'ingratitude, et les enfants du patron recueillent la tutelle et la succession de l'affranchi. Les enfants du patron ont également droit à l'*obsequium* et profitent des *operæ* pourvu qu'ils aient été institués héritiers par leur père (*Gaius*, III, 58). La *capitis deminutio* du patron ou de l'affranchi supprime les *jura patronatûs* et toutes leurs conséquences immédiates ou médiates, si ce n'est la *reverentia* qui demeure due. Le droit aux *operæ* disparaît lui-même, quoique contractuel, parce qu'il dérive d'un contrat étroitement lié à l'affranchissement, et qu'il n'est qu'une suite indirecte du *patronatûs*. Au surplus, cette créance de service s'éteint par une cause spéciale, lorsque l'affranchi est père d'un enfant âgé de cinq ans, ou qu'il en a deux plus jeunes sous sa puissance (*Inst.*, L. I, t. XVII, *De legitima patronorum tutela*; L. III, t. X, *De adq. per. adrog.*, § 1. — L. 10, § 2, D., *De in jus vocando*, 2-4; L. 37, D., *De operis libertorum*, 38-1).

Situation sociale des affranchis. — Considéré dans ses rapports sociaux, l'affranchi s'appelle spécialement *libertinus*, et les différences sont grandes entre les trois classes. Il faut les examiner successivement au double point de vue : 1° *des droits publics*; les principaux sont le droit de vote, *jus suffragii* et l'aptitude aux fonctions publiques, *jus honorum*; 2° *des droits privés*; les principaux sont le *connubium*, ou droit de participer au mariage romain avec ses grandes conséquences de la famille, de la puissance paternelle, de l'agnation, etc., et le *commercium*, ou droit de participer à tous les modes d'acquérir et de contracter de l'ordre purement civil, comme la mancipation, la *cessio in jure*, le testament, la stipulation, etc.

Déditices. — 1° Les déditices sont au dernier degré des affranchis et des hommes libres, *pessima libertas*. Privés de tout droit public, privés de *connubium* et de *commercium*, ils ne sont admis qu'aux actes du *jus gentium*. La loi leur défend même de paraître à Rome ou dans un rayon de cent milles autour de Rome, sous peine de retomber en esclavage. Le trait le plus cruel de leur situation, c'est l'impossibilité d'en sortir; aucune voie ne leur est ouverte pour arriver à la cité. Mais leur condition n'est pas héréditaire, et leurs enfants, traités comme des pérégrins ordinaires, peuvent devenir citoyens (*Ulpien*, R., t. XX, §§ 14, 15. — *Gaius*, I, 26, 27, 68).

Latins Juniens. — 2° Les Latins Juniens sont exclus de tout droit politique, et parmi les droits privés, le *connubium* leur manque. Quant au *commercium*, ils en jouissent avec deux restrictions importantes. D'abord, s'ils peuvent être appelés à une hérédité ou à un legs, cette faculté n'est souvent qu'illusoire; car ils doivent obtenir la cité du vivant testateur, ou dans les cent jours de son décès, pour recueillir le bénéfice pratique de la disposition faite à leur profit (*jus capiendi*). Ensuite s'ils peuvent jouer le rôle de témoins dans le testament d'autrui, ils ne sont pas admis à tester pour leur compte; car nous savons que leur patrimoine retourne, comme un pécule d'esclave, au patron ou à ses héritiers. Aussi disait-on d'eux qu'ils vivaient libres et mouraient en servitude; *ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant* (*Inst.*, L. III, t. VII, *De successione libertorum*, § 4. — *Gaius*, I, 23. — *Ulpien*, R., t. XX, § 14).

Mais l'accès du *jus civitatis* était singulièrement facile aux Latins Juniens. Ils devenaient citoyens de diverses manières; l'une des plus commodes était l'*iteratio*, c'est-à-dire un nouvel affranchissement fait dans les formes solennelles et avec toutes les conditions requises; l'empereur pouvait également leur en accorder *beneficio principali* le titre et les avantages, sous la réserve des droits du patron. On trouve d'autres cas de la même transformation dans Gaius et dans Ulpien (*Gaius*, I, 29, 67-75. — *Ulpien*, R., t. III).

Affranchis citoyens. — 3° Les affranchis citoyens ont toujours été privés du *jus honorum* et doués du *jus suffragii*. Le *connubium* et le *commercium* leur appartiennent en principe; il existe néanmoins quelques obstacles à leur mariage, et l'infériorité de leur position s'accuse aussi au point de vue du *jus liberorum*; toutes choses égales, il leur faut un enfant de plus qu'aux ingénus pour obtenir le privilège attaché à la paternité. En matière criminelle, les affranchis, à la différence des ingénus, pouvaient subir la torture comme témoins, si ce n'est contre le patron; on les rangeait enfin dans les *homines humiles* ou petites gens, par opposition aux *homines honesti* ou gens de haute classe, que certaines lois favorisaient d'une pénalité moins sévère (Ex. : *Lex Cornelia, De sicariis*; *Lex Julia, De adulteriis*; *Lex Fabia, De plagiariis*. — *Inst.*, *De publicis judiciis*, §§ 4-5-10) (1).

(1) Pendant longtemps, les affranchis furent exclus de l'armée (Tite-Live, X, 21. — Suétone, *Auguste*, 25).

Sous la pression des mœurs et des faits, l'Empire organisa deux moyens d'élever l'affranchi au-dessus de son état normal : le *jus aureorum annulorum* et la *natalium restitutio*. Leur effet commun est de placer l'affranchi sur le même pied que l'ingénu dans ses rapports sociaux, et de lui conférer l'aptitude aux fonctions publiques. Hormis ce point, ils n'ont pas une égale efficacité ; le *jus aureorum annulorum* ne touche pas aux droits de patronat, et la concession en est valable par le seul fait que le patron informé ne s'y oppose pas ; au contraire, la *restitutio natalium* efface même les droits de patronat ; aussi exige-t-elle le consentement formel du patron ou de ses enfants. En un mot, dans la langue des Romains, le second de ces deux bénéfices produit pour l'affranchi le *statum ingenuitatis*, tandis que le premier ne procure que l'*imaginem ingenuitatis* (L. 2, C., *De jure aur. ann.*, 6-8).

Droit de Justinien. — L'unité primitive fut rétablie par Justinien dans la condition des affranchis. Il décida, comme l'avait autrefois voulu la loi romaine, que l'affranchissement serait désormais nul ou donnerait tout ensemble la liberté et la cité. En supprimant pour l'avenir les Latins Juniens et les déditices, l'empereur laissait encore subsister la distinction entre les affranchis et les ingénus : il finit, postérieurement aux Institutes, par déclarer inhérent à l'affranchissement le *jus aureorum annulorum*, c'est-à-dire l'état d'ingénuité sociale de l'affranchi ; quant à la *restitutio natalium*, c'est-à-dire à l'ingénuité complète avec la suppression des droits de patronat, il suffisait pour la produire d'une renonciation formellement exprimée par le patron dans l'acte d'affranchissement ou dans un acte de dernière volonté. Ainsi fut mise la dernière main à l'œuvre de régénération des affranchis (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 3. — Novelle 78, ch. 1, 2).

APPENDICE.

COLONAT.

A peine connu des jurisconsultes classiques le *colonat* est une condition intermédiaire entre l'esclavage et la liberté ; cette institution, qui prit tout son développement sous les empereurs chrétiens et qui devait préparer plus tard l'abolition de l'esclavage personnel et son remplacement par le servage de la glèbe, ne s'est

pas constituée comme on l'a prétendu, en un seul jour et par voie législative; elle s'est établie lentement sous l'influence des mœurs et sous la pression de certaines nécessités sociales. On peut en effet attribuer sa création à deux causes principales. Le colonat naquit d'abord de la transformation de l'esclavage imaginée par les propriétaires fonciers qui, pour intéresser leurs esclaves à la culture et pour se dispenser de la surveillance toujours onéreuse et souvent impossible qu'impose l'exploitation par les esclaves proprement dits, leur donnèrent la liberté à la condition qu'ils resteraient attachés à la terre et qu'ils la cultiveraient moyennant une redevance annuelle. Le colonat dut encore son origine à l'habitude que prirent les empereurs, pour plier sous le joug les populations vaincues, de transplanter les Barbares faits prisonniers dans le sein de l'empire, et de les répartir à titre de colons entre les grands propriétaires (L. 112, pr., D., *De legatis* : 1° L. XXX. — L. 1, C., *De infantibus expositis*, 8-52. — Julius Capitolinus, *Marc-Aurèle*, n°s 13-22).

Les colons répandus sur toute la surface de l'empire romain n'avaient ni la même situation juridique et sociale, ni le même nom; ils se nommaient : *coloni, tributarii, censiti, adscriptitii, inquilini* et cette variété d'appellations devait certainement correspondre à une diversité de conditions.

Cependant, malgré cette diversité, il n'est pas impossible de poser quelques règles générales qui permettront d'apprécier assez exactement le caractère du colonat et la situation juridique et sociale du colon romain. Dans ses rapports avec les tiers, le colon est libre et ingénu, il peut se marier, avoir la puissance paternelle et exercer la tutelle, il peut aussi contracter, acquérir, avoir un patrimoine, et le transmettre *ab intestat* ou par testament; toutefois, il ne peut en principe disposer entre-vifs sans l'autorisation de son maître. Dans ses relations avec le propriétaire du sol, le colon est assimilé à l'esclave, *in potestate domini positus;* il est attaché à perpétuelle demeure à la terre qu'il cultive moyennant une redevance et dont il forme pour ainsi dire une dépendance à titre de *servus terræ*, il ne peut pas plus en être détaché par la volonté du maître qu'il ne peut la quitter sous peine d'être revendiqué et la vente du fonds le fait passer en la même qualité entre les mains du nouvel acquéreur (L. 6, 12, 21, C., *De agricolis*, 11-47; L. 1, C., *De colonis, Thrac.*, 11-51; L. 2, C., *In quibus causis colonus*, 11-49).

La qualité de colon s'acquiert de quatre manières principales : par la *naissance*, conformément aux principes généraux; par la *loi* qui peut, de sa propre autorité, réduire à l'état de colon toute une population vaincue ou toute une classe d'individus (1); par l'*acceptation volontaire* du colonat malgré la règle qui met l'état des personnes au-dessus des conventions privées; enfin par la *prescription trentenaire* d'après laquelle les hommes libres qui ont vécu pendant trente ans sur un fonds comme colons deviennent eux et leurs enfants les colons du propriétaire du fonds. Le colonat s'efface par l'affranchissement, par la promotion à l'épiscopat et par la prescription de trente ans; mais ce dernier mode a disparu depuis Justinien qui déclare que le colon ne pourra plus désormais se libérer par la prescription (L. 21, 23, 24, C., *De agricolis*, 11-47. — Novelle 123, ch. 4, 17; Novelle 162, ch. 3).

DEUXIÈME SECTION.

CITOYENS ET NON CITOYENS.

Tandis que la première subdivision des personnes libres, en ingénus et affranchis, occupe une grande place dans les recueils de Justinien, la seconde, qui les distingue en citoyens et non citoyens, n'y a presque pas laissé de traces. Ce silence des textes peut s'expliquer par cette considération que l'étude de la nationalité touche de près au droit public; car elle détermine la jouissance ou la privation du *jus suffragii* et du *jus honorum*. Mais elle a néanmoins son importance dans une exposition du droit privé, puisque les citoyens profitent seuls du *connubium* et du *commercium*, refusés aux non citoyens.

Suivant une remarque déjà faite, la pleine personnalité romaine comprend trois éléments principaux : nous connaissons le premier, le *status libertatis* ou liberté; arrivons au deuxième, le *status civitatis* ou cité, en rappelant que dans les personnes qui en sont investies, il suppose toujours le précédent.

(1) Une constitution de Valentinien et Théodose (382) réduisit à l'état de colons tous les mendiants libres et valides ainsi que leurs enfants (L. 1, C., *De mendicantibus validis*, 11-25.

§ I.

Citoyens romains.

On a déjà vu comment s'acquiert ou se perd la liberté; les mêmes questions sont à résoudre sur le droit de cité.

Acquisition de la cité. — Le droit de cité, de même que la liberté, résulte de la naissance ou d'un fait postérieur.

Naissance. — Pour déterminer dans quels cas un enfant naît citoyen romain, il suffit d'appliquer les deux grands principes déjà signalés à propos de l'esclavage; l'enfant de la femme qui a conçu Romaine, et accouché *peregrina*, naîtra Romain, s'il est issu *ex justis nuptiis*, et *peregrinus* dans le cas contraire.

Acquisition postérieure. — Quant à l'acquisition postérieure de la nationalité romaine, distinguons entre les esclaves et les hommes libres.

L'esclave devient citoyen, lorsqu'il est régulièrement affranchi par un citoyen. S'il reçoit la liberté d'un magistrat à titre de récompense, sa position est la même. Enfin est-il affranchi de plein droit par la loi? Le *jus civitatis* lui appartient encore, puisqu'il a fallu une décision spéciale pour le restreindre à la *latinitas*, dans le cas où il est abandonné malade par son maître (Cicéron, *pro Balbo*, 9. — L. 1, § 3, C., *De latina libertate tollenda*, 7-6).

Les personnes libres n'acquièrent la cité qu'en vertu d'une concession expresse qui correspond à peu près à notre naturalisation moderne; elle est faite, sous la République, par le peuple, le sénat, ou le magistrat qui en reçoit d'eux la mission spéciale, et sous l'empire par le sénat ou l'empereur. La concession est totale ou partielle; totale, elle confère l'ensemble des droits publics et privés du citoyen; partielle, elle n'en confère que tel ou tel. La concession est individuelle ou collective; individuelle, elle ne profite qu'à la personne même du bénéficiaire, et ne s'étend pas à sa femme ni à ses enfants, s'ils n'y ont été formellement compris; collective, elle embrasse une nation, une ville, qui aura le nom de *populus fundus* si les lois romaines lui sont en même temps attribuées, et de *municipium* si elle conserve une certaine autonomie (*Gaius*, I, 94. — *Ulpien*, R., t. V, § 4; t. XIX, § 4).

Perte de la cité. — La perte de la cité est volontaire ou forcée. Tout Romain est libre de dépouiller sa nationalité, à la condition

d'en acquérir une autre. Il y arrive, soit *dicatione*, en transférant sa résidence chez un peuple étranger, qui l'accepte comme citoyen, soit *postliminio*, en regagnant sa première patrie, lorsqu'un affranchissement le délivre de la servitude qu'il subissait à Rome (Cicéron, *Pro Cœcina*, 33, 34. — L. 5, § 3, D., *De captivis*, 49-15).

En sens inverse, nul Romain ne perd, en règle générale, sa nationalité malgré lui. Sous la République, on tournait ce principe par l'interdiction de l'eau et du feu qui obligeait à l'exil le condamné inexorablement exclu de toute relation sociale. Sous l'Empire cette peine se confond avec la déportation, qui est l'internement dans une île romaine, *relegatio in insulam*, où l'on reste libre; il en résulte la déchéance immédiate de la *civitas*. A toute époque, le droit de cité fut perdu pour quiconque encourait l'esclavage *jure civili* (L. 2, § 1; L. 17, D., *De pœnis*, 48-19. — L. 12, § 9, D., *De captivis*, 49-15).

§ II.

Non citoyens.

Parmi ceux qui ne sont pas citoyens, nous avons à distinguer les Latins et les pérégrins.

Latins. — Les Latins se subdivisent en *Latini veteres, Latini coloniarii, Latini Juniani*. Ces derniers composent la deuxième classe des affranchis, qui nous est suffisamment connue.

Les *Latini veteres* sont les peuples de l'ancien Latium, contraints à recevoir Rome dans leur association après la bataille du lac Régille, en 260, et qu'elle soumit définitivement en 446. Plusieurs d'entre leurs cités participèrent dès lors au *jus civitatis;* les autres l'obtinrent en 664, au sortir de la guerre sociale. Il n'y a donc plus de *Latini veteres* au temps du droit classique; mais la condition des *Latini coloniarii* fut l'image de ce qu'ils avaient été (Cicéron, *Pro Balbo,* 8).

On entend par *Latini coloniarii* les membres des colonies latines que Rome fonda de bonne heure. Elles se recrutaient, à l'origine, de volontaires, de fils de famille désignés par leur père, qui se libéraient ainsi de la puissance paternelle, et de condamnés à l'amende, qu'on dispensait alors de la payer. Plus tard, la qualité de Latin s'acquit par l'émigration dans une colonie déjà fondée, et par concession individuelle ou collective du prince. Cette colonisation avait donc pour objet, tout en débarrassant Rome d'un trop

plein de population, d'établir çà et là des groupes d'alliés fidèles, ou d'assimiler des peuples domptés (*Gaius*, I, 131).

Les Latins, inférieurs aux citoyens par le défaut absolu des droits politiques et du *connubium*, étaient supérieurs aux pérégrins par le *commercium*. De plus, il leur était plus facile d'acquérir la *civitas* (*Gaius*, I, 96. — *Ulpien*, R., t. V, § 4; t. XIX, § 1).

Pérégrins. — Les pérégrins, qu'il ne faut pas confondre avec les Barbares, sont les étrangers non investis de la *civitas* ou de la *latinitas*. Ceux qui relèvent de la domination romaine forment les provinces; les autres encore indépendants sont appelés *hostes* en temps de guerre. Ils n'ont aucune participation au droit civil, public ou privé; mais le prince peut leur en faire une concession totale ou partielle; on leur applique les règles du droit des gens (*Gaius*, III, 93, 134. — *Ulpien*, R., t. XX, § 14).

§ III.

Confusion des citoyens et des non citoyens.

L'extension du droit de cité s'opéra graduellement dans l'histoire romaine. Rares sous la République, les concessions devinrent de plus en plus fréquentes sous les empereurs, qui surent y trouver une source de revenus pour le fisc. Enfin une constitution célèbre de Caracalla conféra le *jus civitatis* à tous les habitants de l'Empire (L. 17, D., *De statu hominum*, 1-5).

Il ne faut pas attribuer à cette grande mesure un motif de générosité. Les citoyens supportaient un impôt d'un vingtième de la valeur sur les affranchissements par eux accomplis et sur les successions et libéralités de dernière volonté par eux recueillies; Caracalla, pour en augmenter le produit, multiplia les contribuables, en marquant tous ses sujets du titre qui les forçait à payer (Dion Cassius, L. 79, ch. 9). Même après cette constitution, il y eut encore dans l'Empire des gens privés du droit de cité. Car les matières spéciales de l'affranchissement et des peines restèrent en dehors de la réforme; on ne supprima ni les déchéances qui pouvaient résulter des condamnations criminelles, ni la classe des Latins Juniens et des déditices. De plus on admet généralement aujourd'hui que la concession de Caracalla fut restreinte aux habitants actuels de l'Empire et à leur descendance; les provinces postérieurement conquises n'en profitèrent point. Mais ces dernières inégalités furent effacées par Jus-

tinien; de son temps, tout sujet a la qualité de citoyen, s'il n'en a été dépouillé par une condamnation criminelle. En dehors des *cives*, il n'y a plus que les *barbari*.

DEUXIÈME DIVISION.

PERSONNES *SUI JURIS VEL ALIENI JURIS*.

(*Inst.*, L. I, t. VIII.)

La première division générale des personnes, qui les partage en esclaves et libres, et qui subdivise les hommes libres en affranchis, ingénus, citoyens ou non citoyens, nous a présenté l'étude de deux des principaux éléments qui constituent l'état des personnes.

Nous abordons, avec Justinien, une seconde division aussi générale que la première, et qui embrasse comme elle l'universalité des personnes; elle les sépare en personnes *sui juris* et en personnes *alieni juris*. Celle-ci touche de plus près au droit privé; elle met en jeu le troisième et dernier des principaux éléments d'une personnalité complète, le *status familiæ*. Nous arrivons ainsi à l'examen des rapports domestiques et à l'étude de la famille romaine.

On qualifie de personne *sui juris* celle qui n'est placée sous aucune puissance et qui ne relève que d'elle-même; elle s'appelle *paterfamilias* ou *materfamilias*, quel que soit son âge, abstraction faite de toute idée de paternité ou de maternité; ce titre exprime simplement qu'elle est ou peut être le chef d'une *familia*, c'est-à-dire d'un ensemble d'individus et de biens. La personne *alieni juris* est, au contraire, celle qui est placée sous la puissance d'autrui.

Or, le droit romain primitif consacra quatre puissances diverses sur les personnes : la *dominica potestas* ou du maître sur l'esclave, la *patria potestas* ou du père sur l'enfant, la *manus* et le *manci-*

pium. De ces quatre puissances, la première nous est connue; la troisième et la quatrième, de bonne heure tombées en désuétude, n'exigeront que de brèves explications; la deuxième seule nous arrêtera par son haut intérêt historique et juridique.

CHAPITRE III.

PUISSANCE PATERNELLE.

(*Inst.*, L. I, t. IX.)

La théorie de la *patria potestas* s'écarte sensiblement à Rome des données rationnelles.

En effet, considérée philosophiquement, la puissance paternelle est un pouvoir de protection, organisé dans l'intérêt de l'enfant; elle a pour objet principal de mettre les parents en mesure de suffire à leur grand devoir, qui est l'éducation physique et morale de leurs descendants; c'est un corollaire légal de cette mission naturelle. Par conséquent : 1° s'il convient que la puissance paternelle appartienne de préférence au père, il n'y a pas de motifs d'en priver la mère à son défaut; 2° la puissance paternelle ne doit comprendre que les droits indispensables à l'éducation de l'enfant; 3° la puissance paternelle doit cesser, avec sa raison d'être, à la majorité des enfants, sauf l'hommage de respect et de déférence qu'exige la qualité d'ascendant; 4° le père ne doit pas pouvoir l'abdiquer quand bon lui semble.

Ces principes qui inspirent toutes nos législations modernes et qui servent en particulier de fondement à la puissance paternelle du droit français n'ont pas inspiré la loi romaine.

§ I.

Caractères de la puissance paternelle.

L'aspect original de la puissance paternelle à Rome tient à quelques traits principaux :

1° La *patria potestas* appartient au *jus civile;* c'est dire que les tribunaux romains ne la feront respecter qu'au profit d'un père romain et sur un fils romain (*Gaius*, I, 55. — *Ulpien*, R., t. X, § 3).

2° La *patria potestas* n'appartient qu'aux ascendants mâles de 

la ligne paternelle; toutes les femmes sans exception, même la mère, en sont exclues : par conséquent, les enfants n'ont pas de lien civil avec la famille maternelle, et ne sauraient relever de la puissance d'aucun ascendant maternel; ils ne sont *filiifamilias* ou *filiæfamilias* qu'envers leur père ou les ascendants paternels de leur père; ceux qui n'ont point de père certain se trouvent *sui juris* dès leur naissance; une femme *sui juris* est nécessairement seule de sa famille, *familiæ suæ caput et finis* (*Inst.*, L. I, t. IX, *De patria potestate*, §§ 2, 3. — *Contrà*, C. C., art. 371, 372, 373).

3° La *patria potestas* ne peut appartenir qu'au père *sui juris*; si donc un enfant a plusieurs ascendants mâles dans la ligne paternelle, par exemple son père et son aïeul, il sera sous la puissance du plus éloigné, comme tous les intermédiaires (*Inst.*, L. I, t. IX, *De patria potestate*, § 3).

4° La *patria potestas* ne prend fin à aucun âge; le nourrisson et le barbon peuvent y être également soumis, puisqu'elle embrasse les descendants de tous les degrés (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus potest. solvitur*, § 10. — *Contrà*, C. C., art. 372, 488).

5° Le père de famille n'est pas tenu de conserver la *patria potestas*; il peut émanciper ses enfants ou les donner en adoption, alors qu'ils sont encore tout jeunes et par conséquent incapables de veiller eux-mêmes à leurs intérêts; il suffit que l'enfant ne veuille ou ne puisse manifester aucune volonté contraire (*Paul*, S., L. II, t. XXV, § 5. — *Contrà*, C. C., art. 477).

Telle que nous la voyons, cette puissance paternelle n'est pas un pouvoir de protection organisé dans l'intérêt de l'enfant; elle a l'intérêt du père pour objet apparent, et pour objet secret l'intérêt de l'État. En effet, la loi romaine établit dans chaque famille le trône solide d'un père, et donne à ce chef une triple souveraineté sur le culte, sur le patrimoine et sur les personnes; cette royauté domestique lui est un sûr garant de la conservation des idées religieuses, des fortunes privées et des mœurs nationales.

La puissance paternelle est le pivot de toutes les théories de la parenté à Rome. Les parents en général se nomment cognats, *cognati, quasi communiter nati*. Mais leur lien réciproque vient de la nature seule, comme la parenté par les femmes, ou de la loi seule, comme la parenté qui résulte de l'adoption, ou tout ensemble de la nature et de la loi, comme la parenté qui découle du mariage. La parenté purement naturelle retient le nom de cognation, *cognatio*;

la parenté créée ou consacrée par la loi s'appelle exclusivement agnation, *agnatio*. Donc, et pour conclure, la cognation est le lien du sang; l'agnation est le lien civil. Or, l'agnation n'a d'autre cause efficiente que la *patria potestas*; sont en effet agnats les personnes qui se trouvent sous la même puissance paternelle, ou qui s'y trouveraient dans le cas où le chef le plus reculé de la famille vivrait encore. Si l'on veut bien remarquer maintenant que la loi romaine réserve à cette qualité d'agnat tous les droits, notamment de tutelle et de succession, attribués à la cognation par les peuples modernes, on apercevra d'un coup d'œil l'immense portée de la puissance paternelle. Ces notions étroitement condensées ne tarderont pas à s'éclaircir par l'application.

§ II.

Rapports juridiques du père et des enfants.

La puissance paternelle ne produit d'effets que dans le cercle de la famille et dans la sphère des droits privés; en d'autres termes, le fils est complètement indépendant du père dans la sphère de ses droits de citoyen; il a le *jus suffragii*, le *jus honorum*; s'il est investi d'une magistrature, la majesté de ses fonctions publiques ne saurait fléchir devant une autorité d'ordre essentiellement privé (1).

Mais dans l'intérieur de la famille, le pouvoir du père nous apparaît d'abord sans limites; puis on le voit se restreindre et s'adoucir progressivement. Le principe, c'est que la personnalité du père absorbe en quelque sorte la personnalité des enfants; il concentre dans sa main tous leurs droits; sans en être théoriquement dépouillés, ils n'en ont pas l'exercice, monopolisé dans l'intérêt commun. De cette idée-mère, de cette unité de personne dans la famille, résultent trois corollaires principaux.

1° **Unité de culte.** — Le père est seul investi des *sacra privata*, qui deviendront propres au fils quand il héritera du titre et des droits de *pater*; les vieux Romains attachaient un grand prix à cette prérogative, le plus beau fleuron de leur couronne domestique; mais elle disparut insensiblement avec l'antique piété; de longs siècles avant Justinien, il n'en est plus question (*Gaius*, II, 55).

(1) L. 9, D., *De his qui sui vel alieni*, 1-6. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, L. II, ch. 2.

2° **Unité de patrimoine.** — Le fils de famille n'a pas de biens personnels et n'en saurait avoir; toutes ses acquisitions profitent au père qui peut d'ailleurs à son gré lui confier et lui retirer un pécule, de même qu'à l'esclave. Mais d'un côté le *filiusfamilias* est considéré comme copropriétaire de ce même patrimoine, dont la jouissance et l'exercice restent aux mains paternelles, *domini quodammodò existimantur;* aussi devient-il héritier nécessairement et sans acceptation à la mort du père; car il ne fait alors que continuer un droit antérieur et latent. Il résulte de ce principe que les fils de famille ne peuvent conclure aucun acte juridique ni avec leur père, ni entre eux; ce serait conclure l'acte avec soi-même. On ne les admet pas davantage à servir de témoins dans les opérations des tiers avec leur père; autrement ils seraient en quelque sorte leurs propres témoins. Enfin aucune action n'est possible pour quelque cause que ce soit entre ces personnes légalement confondues dans une seule. On voit que l'incapacité des enfants est égale à celle des esclaves dans leurs rapports avec le chef de famille; mais à la différence des esclaves, ils ont une capacité véritable en face des tiers, et s'obligent valablement, aussi bien par leurs délits que par leurs contrats; seulement leurs créanciers n'auront, en principe, d'action efficace qu'après l'extinction de la puissance paternelle (*Gaius*, II, 87, 96, 157. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De heredum qualitate et differentia*, § 2).

Cette énergique théorie s'affaissa progressivement. A partir du règne d'Auguste, elle fut battue en brèche par l'institution des pécules qu'on étudiera plus tard, et sous Justinien, on peut dire que les acquisitions du fils de famille ne profitent qu'à lui-même, sauf des exceptions en faveur du *pater*.

3° **Unité de volonté.** — Le père, seule tête juridique dans la maison, jouit du pouvoir absolu, qui se manifeste spécialement par des prérogatives exorbitantes sur la personne des enfants. C'est à ce point de vue surtout que la *patria potestas* reste difficile à comprendre.

En effet, on a voulu la résoudre en un droit de propriété sur l'enfant de famille, qui ressemblerait tout à fait à l'esclave. Il est bien vrai que le *filiusfamilias* peut faire l'objet d'une sorte de revendication dans l'ancien temps, d'une mancipation à l'époque classique, et d'un vol encore sous Justinien (*Gaius*, I, 132. — *Inst.*, L. IV, t. I, *De oblig. ex delicto*, § 3. — L. I, § 2, D., *De rei vind.*, 6-1). Mais il faut remarquer, ce qui ne permet pas d'assimiler la *patria*

potestas à un droit de propriété, que l'enfant conserve son entière indépendance dans les rapports de droit public et que son père n'a jamais eu le pouvoir de lui enlever ni la liberté ni la cité (L. 10, C., *De patria potest.*, 8-47).

On a voulu aussi résoudre la *patria potestas* en une juridiction criminelle, en une magistrature domestique et irresponsable, dont le père serait investi; or, s'il est certain que des auteurs classiques semblent énoncer une conception de ce genre, néanmoins on n'expliquera jamais de cette façon la faculté de revendiquer, de manciper l'enfant, etc. (Tite-Live, VIII, 7; Tacite, *Ann.*, XIII, 32).

Chacune de ces deux idées de propriété ou de magistrature est donc insuffisante à rendre compte de la *patria potestas* sur la personne des fils de famille. Il faut les combiner ensemble, ou plutôt rattacher la rigueur de ce pouvoir à notre point de départ, qui est l'unité de personne dans la famille, d'où dérive l'unité de volonté, c'est-à-dire la volonté sans limites et sans contrôle. Les plus brutales conséquences en résultaient parfois, entre autres : le droit de vie et de mort, le droit d'abandon et le droit de vente.

Le *jus vitæ necisque* c'est le droit de vie et de mort sur l'enfant; cette exagération odieuse disparut dès les Antonins, bien avant le triomphe du christianisme; Constantin n'eut qu'à généraliser leurs décisions, en appliquant les peines du parricide au père meurtrier du fils, comme au fils meurtrier du père (L. 1, C., *De his qui parentes vel liberos occiderunt*, 9-17).

Le *droit de délaissement* ; c'est la faculté d'exposer l'enfant; Constantin fait passer le petit être ainsi délaissé de la puissance de son père sous la puissance de la personne qui l'a recueilli, et Justinien le déclare *sui juris* (L. 3, C., *De infantibus expositis*, 8-52).

Le *droit de mancipation*; c'est la faculté d'aliéner l'enfant par une vente symbolique, soit en dehors de toute spéculation et pour l'émanciper, le donner en adoption ou le livrer à la personne que son délit avait lésée (1), soit dans une vue de lucre et pour trafiquer de sa valeur. La première de ces deux applications n'existe plus sous Justinien, qui a supprimé la mancipation. La seconde ne reste permise qu'à l'égard de l'enfant qui vient de naître, *sanguinolentus*, et dans le cas d'extrême misère des parents; seulement le premier

(1) Cette application de la mancipation constitue l'abandon noxal; ce droit exorbitant aboli par les empereurs chrétiens pour la fille fut supprimé à l'égard du fils par Justinien (*Inst.*, L. IV, t. VIII, *De noxalibus actionibus*, § 7).

venu peut racheter l'enfant en indemnisant l'acquéreur (L. 2, C., *De patribus qui filios suos distr.*, 4-43).

En résumé, le travail des siècles est fortement empreint sur la terrible puissance paternelle des Romains. Déracinée de son antique base civile, elle suit lentement une pente qui la rapproche du droit naturel. Au temps de Justinien, on n'en trouve plus les effets exorbitants sur les biens ni sur la personne. Nous en examinerons quelques attributs spéciaux dans les matières du mariage, de la tutelle et du testament.

§ III.

Sources de la puissance paternelle.

Les faits constitutifs de la puissance paternelle sont le mariage, la légitimation et l'adoption. Les deux premiers nous la procurent sur des enfants de notre sang, la troisième ordinairement sur des étrangers. En outre, la légitimation suppose un enfant né *sui juris*, et l'adoption s'applique tantôt à des personnes *sui juris*, tantôt à des personnes *alieni juris*.

L'acquisition de la *patria potestas* est dominée par un principe qui s'énonce ainsi : nul, s'il n'est placé sous la puissance paternelle par l'effet immédiat de sa naissance dans le mariage, n'y tombe contre son gré; mais il n'est pas besoin d'un consentement formel, et l'on se contente de l'absence de toute opposition.

CHAPITRE IV.

MARIAGE.

(*Inst.*, L. I, t. IX, X.)

Le mariage, *matrimonium justum* ou *justæ nuptiæ*, est la plus féconde des trois sources de la puissance paternelle. Les Romains en eurent une conception fort élevée, et ne connurent jamais la polygamie. On peut le définir l'union légale de l'homme et de la femme, en vue d'associer leurs existences et de fonder une famille. Justinien le qualifie de *viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens*; il veut dire que le trait essentiel et caractéristique du mariage, c'est l'égalité parfaite de l'homme et de la femme, c'est l'unité de condition sociale. Il va de soi que la situation de

l'époux détermine la situation commune, et que l'épouse monte ou descend à son niveau (*Inst.*, L. I, t. IX, *De patria potest.*, § 2. — F. V, § 104) (1).

PREMIÈRE SECTION.

CONDITIONS D'APTITUDE AU MARIAGE.

Trois conditions sont requises pour la validité des *justæ nuptiæ* : la puberté, le consentement et le *connubium*.

§ I.

Puberté.

La puberté, qui est l'âge où l'homme acquiert la faculté d'engendrer, et la femme de concevoir, entraîne un grave changement dans la condition des personnes; car elles deviennent alors capables d'aliéner, de tester, de contracter. Spécialement pour le mariage, il a bien fallu l'exiger, puisque l'objet principal de cet acte est la propagation des familles et la transmission à des enfants de la condition paternelle.

Pour déterminer le moment où se produit le passage de l'impuberté à la puberté, différents systèmes avaient été proposés; mais le droit classique, confirmé par Justinien, fixa la puberté légale à l'âge uniforme de quatorze ans pour les garçons et de douze ans pour les filles (*Inst.*, L. I, t. XXII, *Quibus modis tutela finitur*, pr.) (2).

§ II.

Consentement.

Il est bien clair que le mariage suppose essentiellement le consentement de l'homme et de la femme qui s'unissent; c'est là un des éléments de la formation même du mariage, plutôt qu'une des con-

(1) Modestin donne du mariage une autre définition : *nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* ; le jurisconsulte faisait ainsi allusion à l'association de la femme aux *sacra privata* de son mari (L. 1, D., *De ritu nupt.*, 23-2.)

(2) La loi française a fixé la puberté à un âge plus avancé; chez nous, pour que le mariage soit possible, le jeune homme doit avoir au moins dix-huit ans et la femme quinze ans révolus (C. C., art. 144).

ditions d'aptitude; aussi en sera-t-il question ailleurs. Mais pour être apte à se marier, on doit souvent obtenir le consentement d'un tiers.

Dans nos idées et nos lois modernes, la faculté reconnue aux ascendants de permettre ou d'empêcher le mariage des descendants se fonde sur l'intérêt de l'enfant lui-même, et n'a d'autre raison que son âge. Ce point de vue est étranger au droit romain classique; l'enfant *sui juris* pubère se marie sans consulter personne. Le Bas-Empire fit un pas timide dans une voie nouvelle; il exigea pour le mariage des mineures de vingt-cinq ans, veuves ou filles, le consentement du père, ou de la mère, ou des proches parents à leur défaut; mais cette théorie nouvelle ne fut jamais généralisée (L. 18, 20, C., *De nuptiis*, 5-4).

On peut donc, en négligeant cette exception tardive, affirmer que les idées et les lois romaines ne se préoccupent pas de protéger le descendant qui se marie. Elles n'exigent que le consentement du *paterfamilias;* en d'autres termes, la faculté de permettre et d'empêcher le mariage de l'enfant ne se fonde que sur l'intérêt du père; c'est un attribut essentiel de la *patria potestas*, et qui disparaît avec elle. De là vient que : 1° si l'enfant *sui juris* contracte librement mariage dès sa puberté, l'enfant *alieni juris* au contraire, quel que soit son âge, a besoin du consentement de son père; 2° les ascendants maternels, la mère elle-même, ne sont jamais consultés; 3° s'il y a plusieurs ascendants paternels, par exemple le père et l'aïeul, la logique pure voudrait que le consentement de l'aïeul fût seul indispensable, et c'est en effet la décision admise pour le mariage de la petite-fille, *neptis;* quant au petit-fils, *nepos*, il doit obtenir le consentement et de l'aïeul et du père, si le père se trouve aussi dans la famille. La raison en est que les enfants du petit-fils, destinés à passer un jour sous la puissance du fils, deviendront sans doute à son égard *heredes sui;* or on ne doit jamais avoir d'héritiers siens malgré soi, *nemini invito heres suus agnascitur.* Le même danger ne provenait pas de l'union de la petite-fille, puisque ses enfants naissaient dans la famille du mari, et n'acquéraient pas les droits de *sui heredes* envers le grand-père maternel (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adoptionibus*, § 7. — Conf., C. C., art. 148-160).

Du reste, le consentement du *paterfamilias* n'était pas nécessairement formel; on se contentait d'une adhésion tacite. Mais elle devait précéder le mariage (L. 11, D., *De statu hominum*, 1-5. — L. 5, C., *De nuptiis*, 5-4).

Refus ou impossibilité de consentir. — Le législateur et les jurisconsultes eurent à régler deux hypothèses spéciales.

1° Il pouvait d'abord arriver que le père s'obstinât à refuser son consentement au mariage de l'enfant, et le droit primitif lui en reconnaissait la faculté; mais du jour où les lois Caducaires portées sous Auguste, et qu'on étudiera plus tard, attachèrent des peines au célibat en même temps que des avantages à la paternité légitime, le magistrat, préteur ou président de province, fut admis à forcer le consentement du père, c'est-à-dire peut-être à le suppléer; le père put aussi être contraint de doter ses enfants suivant sa fortune (L. 19, D., *De ritu nuptiarum*, 23-2. — *Contrà*, C. C., art. 204).

2° En d'autre cas, le père se trouvait hors d'état de consentir au mariage. Une impossibilité matérielle résultait de son absence ou de sa captivité; on permit de bonne heure au fils comme à la fille de se marier quand même, par la raison que si le père n'autorisait point l'union, tout au moins il ne s'y opposait pas, et que l'intérêt commun de l'enfant et de l'État invitait à passer outre; Justinien plus sévère exigea l'expiration d'un délai de trois ans à compter du commencement de la captivité ou de l'absence. Une impossibilité morale résultait de la folie du père; la faculté de contracter mariage *sine interventu patris* fut reconnue dès l'ancien droit aux filles; pour les fils, qui pouvaient en se mariant donner des *heredes sui* au père, l'autorisation impériale dut jusqu'à Marc-Aurèle remplacer l'autorisation paternelle; une décision de ce prince laissa subsister encore quelques doutes, que trancha Justinien en faveur de la liberté du mariage, sans distinction entre les fils et les filles (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, pr. — L. 25, C., *De nuptiis*, 5-4. — Conf., C. C., art. 511) (1).

§ III.

Connubium.

On entend par *connubium* la capacité légale de contracter les justes noces. Il y a des personnes qui ne peuvent se marier avec qui que ce soit, on dit qu'elles manquent du *connubium absolu*; d'autres ne peuvent se marier avec tel ou tel; on dit qu'elles manquent du

(1) Les jurisconsultes classiques ne s'entendaient pas sur la portée de la Constitution de Marc-Aurèle; les uns voulaient la restreindre aux enfants d'un père *mente captus*; les autres voulaient l'appliquer même aux enfants d'un *furiosus*.

connubium relatif. Le *connubium* désigne donc tantôt la capacité absolue, tantôt la capacité relative (*Ulpien*, R., t. V, § 3).

Capacité absolue. — Sont absolument privés du *connubium* et n'ont droit à se marier avec personne : 1° les esclaves, puisqu'il leur manque le *status libertatis*; 2° les Latins, les pérégrins et les Barbares, puisqu'il leur manque le *status civitatis* ; mais ils peuvent acquérir le *connubium*, ou par l'acquisition de la cité, ou par une concession spéciale du prince; 3° les personnes déjà mariées, puisque la polygamie est interdite à Rome; mais la dissolution du premier mariage leur en permet un second (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, §§ 6-7. — *Gaius*, I, 56, 57. — *Ulpien*, R., t. V, §§ 4, 5).

Capacité relative. — En supposant deux personnes individuellement et séparément capables de contracter mariage, c'est-à-dire investies du *connubium* absolu, il est possible que le mariage demeure néanmoins interdit entre elles, c'est-à-dire qu'elles manquent du *connubium* relatif. La recherche des causes qui font obstacle à l'union de deux personnes déterminées, forme la théorie des empêchements au mariage. Les Institutes laissent pressentir un assez grand nombre de ces empêchements; on peut les ramener à deux catégories; les uns reposent sur les exigences de la morale publique, les autres sur des considérations d'utilité sociale ou publique (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 11).

Les empêchements basés sur la morale publique tiennent surtout à la parenté ou à l'alliance.

Parenté. — La parenté est directe ou collatérale. 1° La parenté en ligne directe, *cognatio superior et inferior*, est le rapport qui existe entre deux personnes issues l'une de l'autre. Pour en compter les degrés, il suffit de compter les générations entre les deux personnes, une du père au fils, deux de l'aïeul au petit-fils, etc. Cette parenté en ligne directe, civile ou naturelle, adoptive ou réelle, provenue du mariage ou de toute autre union, fait absolument obstacle aux justes noces; elle l'empêche *in infinitum*, c'est-à-dire quel que soit le nombre de degrés entre l'ascendant et le descendant. La prohibition survit même à sa cause dans le cas de l'adoption, en ce sens que l'adoptant ne pourra jamais épouser celle qui a été sa fille ou petite-fille adoptive (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 1. — Conf., C. C., art. 161).

La parenté en ligne collatérale, *cognatio ex transverso* ou *à latere*, est le rapport qui existe entre deux personnes qui descendent d'un

auteur commun sans descendre l'une de l'autre. Pour calculer les degrés de la parenté collatérale, on remonte de l'un des parents à l'auteur commun, puis on redescend à l'autre, et le total des générations ainsi parcourues mesure les degrés, deux entre frères, trois entre oncle et nièce, tante et neveu, etc. Cette parenté, civile ou naturelle, adoptive ou réelle, provenue du mariage ou de toute autre union, apporte seulement deux obstacles aux justes noces, premièrement entre frères et sœurs, qu'ils soient germains, utérins ou consanguins; secondement entre l'oncle ou grand-oncle, et la nièce ou petite-nièce, la tante ou grand'tante et le neveu ou petit-neveu (1). Mais à la différence de ce qui se passe pour la ligne directe, la prohibition ne survit plus à sa cause dans le cas de l'adoption, et l'on a le droit d'épouser une sœur adoptive, lorsque cette fraternité civile est brisée par l'émancipation (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, §§ 2, 3, 4, 5. — Conf., C. C., art. 162, 163, 164).

Alliance. — L'alliance, *affinitas*, peut dans une acception vague et large se définir le lien qui unit entre eux les parents des deux époux; dans un sens plus précis et seul juridique, c'est le lien qui unit chacun des époux aux parents de l'autre. Les degrés en sont déterminés de la même manière que dans la parenté. Établie par le mariage, elle ne lui survit pas; aussi faut-il noter cette bizarrerie, que l'empêchement dont elle est cause se manifeste après qu'elle est dissoute; car avant la fin du mariage, l'alliance qui en résulte n'ajoute rien à l'impossibilité pour chaque conjoint de contracter une autre union. En ligne directe, l'alliance s'oppose aux justes noces avec la même énergie que la parenté, c'est-à-dire *in infinitum;* je ne peux épouser ni ma belle-mère, ni ma bru, ni la bru de mon fils. La fille que ma femme divorcée aurait eue d'un mariage postérieur, la fiancée de mon père ou de mon fils, sont même assimilées à des alliées. En ligne collatérale, l'alliance ne faisait pas obstacle au mariage dans le droit classique; mais les empereurs chrétiens prohibèrent l'union du beau-frère et de la belle-sœur (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, §§ 6, 7, 9. — L. 5, C., *De incestis nuptiis*, 5-5. — Conf., C. C., art. 161, 162).

(1) L'empereur Claude voulant épouser sa nièce Agrippine fit décider par le Sénat que le mariage serait désormais possible entre un oncle paternel et la fille de son frère (*Gaius*, I, 62). Les fils de Constantin revinrent sur cette décision (L. 1, C. Th., *De incestis nuptiis*, 3-12).

Outre la parenté et l'alliance, les Romains connurent d'autres prohibitions de mariage, plus ou moins étrangères à la morale et justifiées par des raisons de prudence et de politique; telles furent l'inégalité des conditions sociales, ou certaines différences de religion dans le Bas-Empire, ou des fonctions exercées en province, qui s'opposaient à l'union du fonctionnaire avec une femme de son ressort, etc. Ces empêchements, qui varièrent plus ou moins aux différentes époques de la législation romaine, n'offrent pas l'intérêt juridique des précédents; il suffit d'en marquer ici la place.

§ IV.

Sanction des conditions requises.

Le mariage conclu hors des conditions d'aptitude et contrairement aux règles précitées fait naître deux questions, l'une de droit criminel, l'autre de droit civil.

Sanction pénale. — Une sanction pénale atteint la bigamie et l'inceste. La *bigamie* est punie dans l'époux qui contracte un second mariage avant la dissolution du premier, et dans le père de famille qui l'y autorise; la peine est l'infamie au temps classique et la mort sous Justinien. Quant à l'*inceste,* il faut établir une distinction. On appelle inceste du droit des gens l'union de deux parents en ligne directe, qui répugne à la conscience de tous les peuples. L'inceste du droit civil consiste dans l'union entre parents collatéraux ou alliés; les règles morales en sont plus incertaines; aussi ce dernier n'entraîne-t-il pas de répression contre la femme, tandis que le premier n'admet aucune excuse. Les peines de l'inceste sont les unes corporelles, comme la relégation dans une île; les autres pécuniaires, comme la confiscation de la dot, des donations *propter nuptias*, et certaines restrictions à la capacité de tester; Justinien poussa dans certains cas la sévérité jusqu'à la mort (L. 1, D., *De his qui notantur infamia*, 3-2. — Novelle 115, ch. 3, 4; 154).

Sanction civile. — Au point de vue civil, tout mariage dépourvu de l'une des conditions requises est radicalement nul; il n'y a ni mari, ni épouse : si la femme avait apporté des biens sous le nom de dot, cette fausse qualification ne saurait les soumettre aux règles de la dotalité. Les enfants ne sont pas légitimes; la puissance paternelle ne les atteint point; on les considère même, bien que leur père soit connu, comme n'ayant pas de père; on les range parmi

les *spurii* ou *vulgò concepti* (*Gaius*, I, 64. — *Ulpien*, R., t. V, § 7. — L. 23, D., *De statu hominum*, 1-5).

Il faut apporter deux graves tempéraments à la rigueur de cette théorie. En premier lieu, lorsque la cause de la nullité du mariage est de nature à disparaître, le mariage nul se valide par la continuation de la vie commune après la suppression de l'obstacle; il se forme alors en réalité un nouveau mariage exempt de vice; aussi ne vaudra-t-il que pour l'avenir, sans aucun effet rétroactif; les textes appliquent cette règle aux *nuptiæ* de l'impubère, ou du fils de famille marié sans le consentement paternel, ou du fonctionnaire en province (L. 11, D., *De statu hominum*, 1-5. — L. 4; L. 65, § 1, D., *De ritu nuptiarum*, 23-2). En second lieu, si l'un des époux au moins s'est marié dans l'ignorance du vice qui infectait l'union, le mariage nul produit en certains cas ses effets normaux en faveur des enfants, qui sont légitimes, et du conjoint ou des conjoints de bonne foi, pourvu qu'ils se séparent dès la découverte de l'empêchement. Cette curieuse décision d'abord appliquée par Marc-Aurèle à une hypothèse spéciale d'inceste du droit civil, semble plus tard généralisée pour toutes les unions irrégulières : on y trouve le germe de notre théorie moderne du mariage putatif (L. 57, § 1, D., *De ritu nupt.*, 23-2. — L. 4, C., *De incestis nuptiis*, 5-5. — Conf., C. C., art. 201, 202).

DEUXIÈME SECTION.

FORMATION ET PREUVE DU MARIAGE.

En supposant deux personnes qui réunissent les trois conditions d'aptitude précédemment exigées, il reste à savoir comment le mariage se forme et comment il se prouve.

Formation. — Un point tout d'abord certain, c'est que le droit romain, à la différence du droit français, ne connaît pas à proprement parler de célébration du mariage; il ne prescrit ni l'intervention d'une autorité civile ou religieuse, ni des solennités ou formes sacramentelles (1). Les mœurs environnaient, il est vrai, les noces d'une pompe touchante et de cérémonies poétiquement décrites par

(1) On doit conclure de cette absence de toute célébration publique que les oppositions au mariage de notre Code civil devaient être complètement inconnues au droit romain (C. civ., art. 172-179). Faut-il en conclure aussi, comme on l'a prétendu, que les empêchements simplement prohibitifs n'existaient pas dans la pratique romaine? Nous ne le croyons pas (*Infrà*, p. 53).

les auteurs littéraires ; mais ces fêtes domestiques étaient en dehors de la sphère des lois (Conf., C. C., art. 165-169).

Ainsi réduit aux proportions d'un acte essentiellement privé, le mariage était-il un contrat consensuel ou bien un contrat réel? Dans la première opinion, il y a mariage dès que l'homme et la femme *ont consenti à se prendre pour époux;* le second système exige en outre la tradition de la femme au mari. Ni l'une ni l'autre de ces deux doctrines n'est entièrement vraie. Les Romains ont tenu le mariage au-dessus de toutes les divisions des contrats, parce qu'il en est le plus noble et le plus grand. La preuve, c'est que le propre de tout contrat est d'engendrer une action, et qu'on ne saurait citer l'action qui naît du mariage; de plus, les contrats ne sont dissolubles que du gré des deux parties en règle générale, tandis que l'un ou l'autre des époux a le droit de divorcer.

Le mariage romain ne peut donc se qualifier ni de contrat réel ni de contrat consensuel; c'est un état de droit et de fait, dont la formation suppose des éléments indispensables : 1° *la volonté réciproque des parties;* de là résulte, entre autres conséquences, qu'un fou ne se marie pas valablement en dehors de ses intervalles lucides, et que l'autorité paternelle n'est jamais allée jusqu'au pouvoir d'imposer à l'enfant un mariage contre son gré; 2° *la mise de la femme à la disposition du mari :* en effet, parmi des textes significatifs, il en est un très simple et d'une clarté rare, où nous lisons qu'un homme absent peut se marier, et qu'une femme absente ne le peut pas; or, si le consentement des deux parties suffisait à les unir, l'une ou l'autre, éloignée de son domicile, serait indistinctement en droit de l'y transmettre par écrit ou *per nuntium* (1). La différence entre les deux cas tient donc à cette raison que, si la femme présente est conduite chez le mari absent, elle s'y trouve dès lors à sa disposition; au contraire, quand la femme est absente, on aurait beau conduire le mari chez elle; là n'est pas la maison conjugale, et l'épouse ne serait pas à la disposition de l'époux. Les Romains, comme on le voit, subordonnent la formation du mariage à la coexistence de deux éléments distincts, l'un moral, l'autre matériel, le consentement respectif et la possibilité de cohabitation. Le premier se manifestait d'une façon quelconque, écrite, verbale ou tacite; on réalisait d'ordinaire le second en conduisant la femme

(1) Pomponius. — L. 5, D., *De ritu nupt.*, 23-2.

chez le mari, par la *deductio in domum mariti;* mais ce n'était là que le plus usuel des moyens d'arriver à la fin désignée (*Paul*, S., L. II, t. XIX, § 8. — L. 12, § 4; L. 14, § 1; L. 25, D., *De captivis*, 49-15. — L. 66, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1).

Preuve. — La preuve du mariage n'était pas régulièrement organisée à Rome comme en droit français; aussi quand deux personnes vivaient maritalement, surgissait un délicat problème : leur union était-elle mariage ou concubinat? En fait, cette lacune était à peu près comblée; car le mariage avait sa preuve écrite dans l'acte ordinairement rédigé pour constater la dot de la femme ou les autres conventions matrimoniales, *instrumentum dotale.* A défaut de preuve écrite, les spectateurs de la fête de famille et de la solennité traditionnelle des noces fournissaient une preuve testimoniale. Subsidiairement, les jurisconsultes ont admis et les empereurs ont consacré des présomptions suffisantes; entre personnes de condition honorable et pareille, *inter pares honestate personas*, la vie commune faisait supposer le mariage; dans le cas contraire, *inter dispares honestate personas*, on présumait le concubinat. Il fut enfin décidé par Justinien que la cohabitation entre personnes ingénues et capables de se marier, serait toujours une présomption de mariage; mais il exigea la rédaction d'un écrit pour les personnes *illustres* ou d'un rang supérieur (L. 22; L. 23, § 7, C., *De nuptiis*, 5-4. — Nov. 64, ch. 4-5; Nov. 117, ch. 5. — Conf., C. C., art. 194-200).

TROISIÈME SECTION.

EFFETS DU MARIAGE.

Le mariage produit d'importants effets, qu'il faut étudier au double point de vue des époux et des enfants.

§ I.

Effets des justæ nuptiæ à l'égard des époux.

En laissant de côté la question déjà indiquée de l'alliance que le mariage établit entre chacun des époux et les parents de l'autre, arrivons aux rapports tant personnels que pécuniaires du mari et de la femme.

Rapports personnels. — La loi romaine consacre ici deux grandes

obligations dont la source est dans la morale, et que proclament tous les Codes.

1° L'une est l'obligation *d'assistance;* de là sort la dette réciproque d'aliments; là se rattachent aussi la dispense de déposer en justice contre son conjoint, l'impossibilité de le poursuivre par une action infamante ou pénale, et le bénéfice de compétence dont il sera traité plus loin (L. 22, § 7, D., *Soluto matrimonio*, 24-3. — L. 4, D., *De testibus*, 22-5. — Conf., C. C., art. 212, 213, 214).

2° L'autre est l'obligation de *fidélité*, dont la violation constitue l'adultère, plus sévèrement puni à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari; en effet, le mari n'encourt que des peines pécuniaires, qui seront indiquées à propos de la dot; la femme s'expose de plus à des peines corporelles, la relégation d'abord, ensuite la mort depuis Constantin, et l'internement dans un cloître au temps de Justinien (*Ulpien*, R., t. VI, §§ 12, 13. — *Paul*, S., L. II, t. XIX, § 5. — L. 30, § 1, C., *Ad legem Juliam*, 9-9. — Nov. 134, ch. 10. — Conf., C. Pénal, art. 336-339).

Outre ces deux conséquences principales du mariage, la femme partage la condition juridique du mari; elle a de plein droit son domicile chez lui; enfin le mari la représente en justice comme son mandataire présumé (L. 22, § 1; L. 32, D., *Ad municipalem*, 50-1. — L. 21, C., *De procuratoribus*, 2-13. — F. V., § 104).

Rapports pécuniaires. — Quant aux biens, la loi romaine, absolument étrangère à notre idée actuelle de la communauté, n'a tracé que deux systèmes ou régimes matrimoniaux (1). Le premier fut la concentration de la fortune des conjoints sur la tête du mari, dans le cas où le mariage s'accompagnait de la *conventio in manum.* Le second, trop étroitement qualifié de régime dotal, acquiert la prépondérance dès le droit classique et domine exclusivement sous Justinien; il a pour trait essentiel la constitution d'un patrimoine destiné à supporter les charges du mariage, et dont le mari ne dispose en maître que jusqu'à la dissolution de la vie commune; ce patrimoine se forme des apports de chaque époux; l'un des apports est la *dot* venue du côté de la femme, et seule connue primitivement; l'autre est la *donatio propter nuptias*, venue du côté du mari, et définitivement organisée par Justin et Justinien; ce système a dès lors

(1) Les époux pouvaient cependant, en organisant entre eux une société *totorum bonorum*, former une espèce de communauté conventionnelle s'appliquant à tous leurs biens (L. 16, § 3, D., *De alimentis legatis*, 34-1).

la forme d'un régime de double apport avec séparation de biens (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 12).

Le mariage produit en outre des effets spéciaux quant aux donations et successions entre époux, et relève chaque conjoint des incapacités infligées aux célibataires par les *leges Caducariæ*. Ces divers points de droit seront développés sur les théories qu'ils concernent.

§ II.

Effets des justæ nuptiæ à l'égard des enfants.

L'effet le plus direct et le plus important du mariage à l'égard des enfants est de produire la filiation légitime; elle leur vaut le titre de *justi liberi*, et sert de type pour caractériser les autres filiations plus ou moins imparfaites, dont l'origine est en dehors des *justæ nuptiæ*.

Détermination. — La filiation légitime se détermine et s'établit, envers la mère, par le fait matériel et facile à constater de l'accouchement. Envers le père, on a dû remédier à l'impossibilité de la certitude directe par une présomption raisonnable, qui est passée des lois romaines dans nos lois françaises; c'est l'adage célèbre : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, fondé sur la supposition que la femme mariée enfante des œuvres de son mari (L. 5, D., *De in jus vocando*, 2-4. — Conf., C. C., art. 312).

On tire de là deux conséquences :

1° Le mari est réputé le père de tous les enfants conçus dans le mariage, c'est-à-dire nés depuis le commencement du septième mois ou le cent quatre-vingt-unième jour après la formation des *nuptiæ*, jusqu'à la fin du dixième mois ou trois cent-unième jour après leur dissolution. S'inspirant en effet des données de l'expérience, les jurisconsultes ont posé comme règle que la plus courte gestation est de cent quatre-vingts jours pleins, et la plus longue de trois cents jours pleins. Donc l'enfant mis au monde entre les deux limites indiquées peut appartenir au mari, et par conséquent lui appartient. Le mari est raisonnablement admis à renverser cette présomption, en établissant que dans la période où a dû avoir lieu la conception, et qui est de cent vingt jours depuis le trois cent-unième au plus tôt jusqu'au cent quatre-vingt-unième au plus tard avant la naissance, il s'est trouvé matériellement hors d'état de cohabiter avec sa femme, soit à cause d'absence, soit par suite

de maladie, ou d'accident. L'adultère de la femme n'autorise pas à lui seul le désaveu de l'enfant;

2° Quant aux enfants simplement nés dans le mariage, c'est-à-dire avant le cent quatre-vingt-unième jour qui suit les noces contractées, ou nés en dehors du mariage, c'est-à-dire après le trois cent-unième jour qui suit la dissolution, ils sont illégitimes dans le droit classique. Justinien attribue les premiers au mari, par la raison d'ailleurs plausible qu'ils auront été le plus souvent conçus de ses œuvres avant le mariage (L. 12, D., *De statu hominum*, 1-5. — L. 3, §§ 11, 12, D., *De suis et legit. hered.*, 38-16. — L. 6, D., *De his qui sui vel alieni juris*, 1-6. — L. 11, C., *De natur. lib.*, 5-27. — Nov. 89, ch. 8. — Conf., C. C., art. 313-318).

Preuve. — Il était ouvert aux intéressés quatre moyens de prouver la filiation légitime. En premier lieu venaient les registres de naissance, en usage sous la République, et rendus obligatoires par Marc-Aurèle; le père devait déclarer la naissance dans le mois. A défaut de ces registres, on pouvait invoquer la possession d'état d'enfant légitime; la possession d'état faisant défaut, on pouvait se prévaloir du testament ou de la reconnaissance émanée du père et signée de trois témoins. Enfin et subsidiairement s'appliquait la preuve testimoniale, qui exigeait cinq témoins (L. 8; L. 14; L. 29, § 1, D., *De probationibus*, 22-3. — L. 15, C., *De testibus*, 4-20. — Conf., C. C., art. 319-330) (1).

Effets. — Cette filiation procurait aux *justi liberi* deux avantages inégaux. Le moins important était la cognation ou parenté du sang, qu'ils acquéraient dans les lignes paternelle et maternelle; il en résultait pour les ascendants le devoir d'éducation, pour les descendants le devoir de *reverentia*, de part et d'autre l'obligation alimentaire. Le plus précieux était l'agnation ou parenté civile, acquise seulement dans la ligne paternelle avec ses nombreuses conséquences, notamment au point de vue de la tutelle et des successions. De plus, la condition juridique et sociale du père passait aux enfants, *liberi patrem sequuntur* (*Ulpien*, R., t. V, § 8. — L. 8, D., *De agnosc. liberis*, 25-3).

(1) L'action en reconnaissance de la paternité légitime s'appelait, en droit romain, l'action *de partu agnoscendo* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 13).

QUATRIÈME SECTION.

DISSOLUTION DU MARIAGE.

Le mariage se dissout par la mort naturelle ou civile de l'un des époux et par le divorce.

Mort naturelle. — Il importait, à plusieurs points de vue, de distinguer si le mari ou la femme prédécédait. Ainsi le mari n'était pas obligé de porter le deuil de sa femme, et pouvait se remarier immédiatement. Au contraire, la femme devait attendre l'expiration du *legitimum tempus* ou délai de viduité, dix mois dans le droit classique, un an sous les empereurs chrétiens. La veuve contrevenante s'exposait à diverses peines, telles que l'infamie et la perte des libéralités entre-vifs ou testamentaires de son mari; mais son union n'était pas nulle; il y a donc là un incontestable exemple de ces empêchements que nous appelons prohibitifs dans notre langue moderne. La raison primitive de cette règle fut la crainte de la *turbatio sanguinis* ou confusion de part, et finit par se corroborer d'un motif de convenance (L. 1; L. 11, §§ 1-4, D., *De his qui not. inf.*, 3-2. — L. 1, 2, C., *De secundis nuptiis*, 5-9. — Conf., C. C., art. 228).

Mort civile. — On entend par mort civile toute *maxima* ou *media capitis deminutio* de l'un des époux, c'est-à-dire toute perte de la liberté ou de la cité. A l'époque des jurisconsultes classiques, la servitude brise toujours le mariage; on n'excepte, par application du *postliminium*, que le cas où les deux époux, faits prisonniers ensemble, subissent ensemble l'esclavage et reviennent en même temps. Depuis Justinien, la *servitus pœnæ* est abolie, et la captivité n'opère dissolution du mariage qu'après cinq ans. La déportation ou l'interdiction de l'eau et du feu, en supprimant le *jus civitatis*, fait disparaître le *connubium*, et partant les *justæ nuptiæ;* le mariage du droit civil se transforme en mariage du droit des gens; le condamné perd sa *patria potestas* sur les enfants déjà nés et ne saurait l'acquérir sur les enfants à naître, puisqu'ils seront pérégrins comme lui (L. 5, § 1, D., *De bonis damnatorum*, 48-20. — *Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus pot. solv.*, § 1. — L. 25, D., *De captivis*, 49-15. — Nov. 22, ch. 7).

Divorce. — Le divorce est la séparation légitime et volontaire

qui met fin au mariage. Si la loi romaine l'autorisa dès l'origine, il n'entra dans les mœurs qu'aux approches de l'Empire; mais il prit dès lors une extension scandaleuse; historiens, poètes et moralistes en flétrirent l'abus (1). Le principe du divorce resta néanmoins inébranlable et respecté, si bien qu'on déclarait nulles toutes conventions destinées à le prohiber ou même à le gêner entre deux conjoints (L. 2, C., *De inutil. stip.*, 8-39).

Comment se réalisait-il? Le divorce offre deux aspects. 1° Ou bien, sous le nom spécial de *divortium*, il s'opérait par le consentement mutuel des deux époux, *bona gratia;* aucune forme légale ne lui fut imposée; au début du règne de Justinien, il ne relevait encore que de la convention des parties. Mais plus tard, en 542, Justinien le défendit en thèse générale, à moins qu'il n'intervînt *propter castitatem*, c'est-à-dire dans le but, pour chacun des époux, de vivre désormais dans une absolue continence. 2° Ou bien, sous le nom spécial de *repudium*, il s'opérait par la répudiation, qui était le refus unilatéral de l'un des conjoints de continuer la communauté d'existence; libre de formes jusqu'au règne d'Auguste, la volonté de répudier ne fut plus valablement exprimée, à partir de la loi *Julia de adulteriis*, qu'en présence de sept témoins, citoyens et pubères (L. 9, D., *De divortiis*, 24-2. — Nov. 22, ch. 4; Nov. 117, ch. 10) (2).

Les empereurs chrétiens devaient être plus sévères pour le *repudium*, et l'on peut ainsi résumer l'ensemble de leurs décisions : dans le dernier état du droit romain, est seul permis sans obstacle le divorce pour causes légitimes et déterminées, telles que l'adultère ou l'inconduite grave de la femme, l'impuissance du mari, etc. Le divorce sans cause ou pour causes frivoles fait encourir à l'époux qui en est coupable une incapacité plus ou moins longue de se remarier, et quelquefois la déportation. Des peines pécuniaires sont en outre infligées au conjoint qui fournit la cause légitime du di-

(1) Aulu-Gelle nous raconte que le premier exemple de divorce fut donné par un certain Spurius Carvilius Ruga, vers 519 ou 523 de Rome (*Nuits attiques*, IV, 3, § 2; XVII, 21, § 44). Voir : Suétone, *Tibère*, n° 35; Sénèque, *De beneficiis*, III, 16; Juvénal, *Satire VI*, 229 et s.

(2) Des précautions avaient été prises par le sénatus-consulte Plancien et l'édit du préteur, pour écarter l'une ou l'autre des deux supercheries à craindre d'une femme divorcée, la *suppositio partûs* ou la *suppressio partûs*, c'est-à-dire la fiction ou la dissimulation de la maternité (L. 1, D., *De agnoscendis liberis*, 25-3. *Paul*, S., L. II, t. XXIV).

vorce, ou qui divorce sans cause légitime (L. 8, 11, C., *De repudiis*, 5-17. — Nov. 22; Nov. 117. — L. 1, 2, C. Th., *De repudiis*, 3-16).

Effets de la dissolution. — A la dissolution du mariage, les époux, libérés de leurs obligations mutuelles, reprennent ou gardent la dot ou la donation *propter nuptias*, suivant des distinctions qu'il n'est pas encore temps d'établir (*Ulpien*, R., t. VI).

Si la dissolution provient de la mort de l'un des époux, les enfants nés du mariage sont confiés au survivant, à moins que le père n'en ait disposé autrement dans son testament; en cas de divorce, on accorde généralement la préférence à l'époux innocent. Dans le droit de Justinien, les enfants concourent avec le parent survivant pour des portions viriles sur la nue-propriété de la dot ou de la donation *propter nuptias* (Nov. 98, ch. 1, 2; Nov. 117, ch. 8).

Secondes noces. — Le paganisme n'attachait aucune défaveur aux secondes noces; elles étaient même indispensables, sous les lois Caducaires, pour échapper aux peines du célibat dans le veuvage. Mais Constantin ayant supprimé les déchéances qui frappaient les célibataires, le christianisme ne tarda pas à voir les seconds mariages de mauvais œil, surtout dans le cas où des enfants survivaient à l'union dissoute. Aussi prit-on des mesures restrictives; par exemple, la mère qui convolait à de secondes noces perdait l'éducation des enfants du premier lit, et la tutelle sous Justinien; le conjoint remarié se voyait dépouillé, à leur profit, de la nue-propriété des gains nuptiaux qui résultaient de son précédent mariage; enfin il ne pouvait laisser à son nouveau conjoint au delà d'une part d'enfant du premier lit le moins prenant; la libéralité était nulle pour le surplus (L. 1, C., *De caducis tollendis*, 6-2. — L. 6, C., *De secundis nuptiis*, 5-9. — Nov. 22. — Conf., C. C., art. 395, 1098).

APPENDICE.

UNIONS LÉGALES AUTRES QUE LE MARIAGE.

Le droit romain reconnaît trois unions inférieures, qui diffèrent sensiblement du mariage : le *concubinatus*, le *matrimonium injustum*, le *contubernium*.

Concubinatus. — Au-dessous des justes noces, les mœurs plaçaient une autre association domestique, le *concubinatus*; on le

nomme concubinat dans notre langue, pour le distinguer nettement de ce que nous appelons concubinage. Cette liaison, quoi qu'on ait pu dire, ne constituait pas une débauche; les jurisconsultes la distinguaient avec soin des unions illicites et les lois civiles et religieuses l'avaient complètement acceptée : *concubinatus per leges nomen assumpsit* (L. 3, § 1, D., *De concubinis*, 25-7. — L. 34, pr., D., *Ad legem Juliam de adulteriis*, 48-5) (1).

Le concubinat exigeait à peu près les mêmes conditions d'aptitude que le mariage. Ainsi, comme le mariage, il reposait sur le principe de la monogamie et supposait tant la puberté que le consentement du *paterfamilias*. De même, les prohibitions de mariage fondées sur la morale se retrouvent ici; le concubinat ne saurait exister entre parents ou alliés. Mais les empêchements d'utilité politique ou sociale ne le concernaient pas; car sa raison d'être et son importance furent précisément dans le moyen qu'il donna de les tourner. Par exemple, le gouverneur de province pouvait prendre en concubinat une *provincialis* de son ressort, et généralement tout citoyen était libre de choisir pour *concubina* la femme qu'une différence de condition ne lui permettait pas d'épouser (L. 56, D., *De ritu nuptiarum*, 23-2. — L. 1, §§ 3, 4; L. 5, D., *De concubinis*, 25-7. — L. 1, C., *De concubinis*, 5-26).

Le concubinat se formait comme le mariage par la volonté des parties et la mise de la femme à la disposition de l'homme; l'intention seule des contractants déterminait l'union contractée et la distinguait des justes noces : *concubina ab uxore solo dilectu separatur*. Cette intention n'était point douteuse dans les cas où la loi s'opposait aux *justæ nuptiæ;* pour toute autre hypothèse, la preuve en résultait des modes déjà signalés (*Suprà*, p. 49; *Paul*, S., L. II, t. XX, § 1).

C'était surtout par les effets que le concubinat se séparait des *justæ nuptiæ;* ainsi le concubinat manquait de l'élément essentiel du mariage, qui est l'indivisibilité juridique des conditions; la femme n'acquérait ni la situation sociale, ni le domicile de l'homme auquel elle s'unissait. La sanction rigoureuse de l'adultère ne s'attachait pas non plus au *concubinatus*, si ce n'est entre le patron et l'affranchie; les donations restaient permises, la constitution de dot et

(1) Voir Gide, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine* (dissertation insérée à la suite de l'*Etude sur la condition de la femme,* 2e édition). — Ch. Giraud, *Journal des savants* (Mars, 1880).

les donations *propter nuptias* étaient impossibles. Ces marques de l'infériorité de la concubine tenaient à ce qu'elle n'était ordinairement ni de très haute classe, ni de passé bien irréprochable; aussi les noms vénérés d'*uxor* et de *materfamilias* ne lui appartenaient-ils pas (L. 3, § 1, D., *De donat. int. vir et ux.*, 24-1. — L. 13, pr., § 1, D., *Ad legem Juliam de adult.*, 48-5).

Quant aux enfants, on les appelait *liberi naturales;* à l'égard de la mère, ils avaient la même situation que des enfants légitimes, c'est-à-dire qu'ils étaient ses cognats; mais à l'égard du père, ils n'étaient pas agnats. La puissance paternelle et la famille civile leur demeuraient donc étrangères.

Le concubinat prenait fin à la mort des parties ou par leur volonté, en dehors des règles du divorce (1).

Matrimonium injustum. — Le *connubium* supposant la *civitas*, les *justæ nuptiæ* étaient impossibles entre Latins, entre pérégrins, entre Latins et pérégrins, entre Latins ou pérégrins et Romains. Cependant de telles unions se contractaient souvent, et les ramener au concubinat eût choqué plus d'une fois le bon sens et la justice. On en vint à les considérer comme un mariage d'ordre inférieur; le mariage du droit des gens; cette union porte dans les textes différents noms : elle s'appelle *matrimonium sine connubio, matrimonium non legitimum* ou enfin *matrimonium injustum* (L. 37, § 2, D., *Ad municipalem*, 50-1). D'ailleurs ce mariage fut presque effacé par la constitution de Caracalla, qui accorda la cité et par suite le *connubium* à tous les habitants de l'Empire; Justinien le fit disparaître tout à fait en supprimant les Latins Juniens et les déditices. On s'explique ainsi l'absence de documents et de textes suffisants pour élucider cette intéressante question de *jus gentium*.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que ce mariage, intermédiaire entre le concubinat et les justes noces, conférait sans doute à la femme le rang social et la condition juridique de l'homme, sans lui communiquer cependant ni sa nationalité ni peut-être son domicile. Il créait entre les époux un devoir de fidélité conjugale, qui rendait punissable l'adultère de la femme; seulement le mari n'était pas

(1) Les empereurs chrétiens s'efforcèrent de diminuer la fréquence du *concubinatus*, en frappant les *liberi naturales* de certaines incapacités et en organisant la légitimation par mariage subséquent. Toutefois, le concubinat se maintint comme institution légale même après Justinien; il ne fut aboli en Orient qu'au IXe siècle de l'ère chrétienne par une Novelle de l'empereur Léon le Philosophe (Nov. 91).

armé pour cette accusation d'un droit aussi fort que dans les *justæ nuptiæ*. Enfin des conventions matrimoniales étaient possibles, sous toute autre forme que le régime dotal proprement dit, et il n'existait pas de succession entre époux. Les enfants, attribués au mari par application de la maxime *pater is est*, l'avaient pour père légalement certain; mais ils n'étaient pas en sa puissance, et suivaient la condition de leur mère, sauf quelques dispositions spéciales (*Ulpien*, R., t. V, § 8. — L. 13, § 1, D., *Ad leg. Jul. de adult.*, 48-5. — L. 1, D., *Unde vir et uxor*, 38-11).

Cette union prenait fin par le divorce, par la mort des époux et par tous les faits de nature à la transformer en *justæ nuptiæ*, c'est-à-dire par la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio* et la concession expresse du *jus civitatis*.

Contubernium. — Le *contubernium* est l'union continue de deux esclaves, ou d'une personne libre et d'un esclave (1). La formation ni le maintien n'en peuvent jamais dépendre de la seule volonté des parties, puisque l'une au moins appartient à un maître. La femme libre était écartée du *contubernium* avec l'esclave d'autrui par le sénatusconsulte Claudien, et la peine de mort menaça depuis Constantin celle qui s'y livrerait avec son propre esclave (L. 1, C., *De mulieribus quæ contr.*, 9-11).

Cette union n'était guère qu'un pur fait, étranger aux lois. Cependant la parenté du sang dont elle était la source, *cognatio servilis*, produisait après la manumission un certain droit successoral et des empêchements de mariage. En outre, les jurisconsultes recommandaient la tolérance pour ce genre de lien, et n'admettaient pas facilement l'acheteur de deux esclaves ainsi unis, à ne résilier la vente que pour l'un des deux (*Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 10; L. III, t. VI, *De gradibus cognationis*, § 10, — L. 35, D., *De ædilitio edicto*, 21-1).

(1) En fait, le *contubernium* devait recevoir son application la plus ordinaire entre esclaves appartenant à un même maître.

CHAPITRE V.

LÉGITIMATION.

(*Inst.*, L. I, t. X, § 13.)

La légitimation a pour but de procurer au père de famille la *patria potestas* sur des enfants nés de lui, mais hors mariage.

On appelle *liberi justi* les descendants issus des *justæ nuptiæ;* tous les autres sont des *liberi injusti*. La situation de ces derniers est uniforme en ce sens qu'ils suivent la condition maternelle, et qu'ils sont *sui juris*.

Mais sous un autre aspect, les *liberi injusti* se subdivisent en deux classes. Les uns ont un père certain; ce sont les enfants nés des trois unions légales autres que les justes noces, c'est-à-dire du concubinat, du *matrimonium injustum* et du *contubernium*. Les autres n'ont pas de père certain; ce sont les enfants nés d'un rapprochement fortuit, d'une liaison passagère ou d'un mariage nul; on les nomme *spurii* ou *vulgo concepti*. L'intérêt de cette subdivision est double : 1° Les enfants dont le père est certain se rattachent à leur père au point de vue de la *reverentia*, de la cognation et de l'obligation alimentaire, les *spurii* ne se rattachent jamais qu'à leur mère; 2° les *liberi injusti* qui ont un père connu peuvent tomber sous la puissance paternelle par certains modes spéciaux, qui constituent la légitimation au sens général du terme.

Car si le mot de légitimation n'est pas connu dans le droit classique, la chose existe sans contredit pour les enfants nés d'un *matrimonium injustum;* on les voit tomber après coup sous la *patria potestas* par des voies déterminées, dont les principales sont : la concession impériale, la *causæ probatio* et l'*erroris causæ probatio* (*Gaius*, I, 67, 93, 94).

Dans la seconde moitié de l'Empire, Constantin et ses successeurs imaginèrent le moyen d'élever au rang d'enfants légitimes les enfants nés du concubinat; c'est la légitimation proprement dite. Or le *matrimonium injustum* disparaît vers cette époque; dès lors on aperçoit que le concubinat et la légitimation sont deux institutions étroitement corrélatives.

La légitimation peut se définir un acte civil qui met sous la puis-

sance de leur père des enfants issus du concubinat ou *liberi naturales*. Elle se distingue en légitimation parfaite ou imparfaite suivant les effets qu'elle produit.

§ I.

Légitimation parfaite.

Le droit impérial nous présente deux modes de légitimation parfaite : la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par rescrit du prince.

I. *Légitimation par mariage subséquent.* — Après diverses mesures provisoires prises par Constantin et par Zénon, l'empereur Anastase, en l'année 517 de notre ère, posa définitivement et pour l'avenir le principe de la *légitimation par mariage subséquent*, qui est passée dans notre droit (L. 5, 6, C., *De natur. liberis*, 5-27. — Conf., C. C., art. 331-333).

La légitimation par mariage subséquent ne tend pas à justifier les suites d'un commerce prohibé, elle suppose l'union très légale et très licite du concubinat, qui rend la paternité certaine. Pour transformer par ce procédé les *liberi naturales* en *liberi justi*, il faut quatre conditions : 1° un mariage valable entre deux anciens concubins ; 2° que ce mariage ait été possible lors de la conception de l'enfant; ainsi les enfants conçus d'un fonctionnaire et d'une *provincialis* de son ressort ne seront pas légitimés par le mariage qu'il pourra régulièrement contracter *post depositum officium ;* à plus forte raison se trouvent exclus les enfants incestueux ou adultérins ; 3° qu'un acte de dot, *instrumentum dotale*, ait été rédigé, non pour valider le mariage qui n'en a pas besoin, mais pour le rendre manifeste ; 4° que l'enfant ne s'oppose pas à la légitimation ; en n'exigeant pas un consentement exprès, on rend l'institution applicable aux impubères en bas âge, même aux êtres simplement conçus et pas encore nés. Avant Justinien, deux autres conditions étaient requises, à savoir l'inexistence d'enfants d'un précédent mariage et l'ingénuité de la concubine; mais ce prince les effaça. Dans son désir de supprimer à cet égard toute différence entre les ingénues et les affranchies, il alla jusqu'à décider que le mariage d'un patron avec sa *liberta* légitimerait les enfants qu'elle lui aurait donnés durant l'esclavage; c'est une exception à la nécessité du *connubium* lors de la conception, et le seul cas où la légitimation profite à des

enfants issus *ex contubernio* (L. 10, 11, C., *De naturalibus liberis*, 5-27. — *Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 13. — Nov. 18, ch. 2; Nov. 78).

II. *Légitimation par rescrit du prince.* — Cette théorie offrait une lacune grave. L'impossibilité du mariage s'opposait au désir du père de légitimer ses *liberi naturales*, dans le cas de mort, absence, indignité ou refus de la mère. Justinien imagina la *légitimation par rescrit du prince*, essentiellement subsidiaire à la légitimation par mariage subséquent; on en signale deux applications. Tantôt le père sollicite lui-même la décision impériale; les conditions requises sont l'inexistence de descendants légitimes, et sans doute aussi l'adhésion au moins tacite de l'enfant. Tantôt, si le père est mort en exprimant dans son testament le vœu que l'enfant soit légitime, celui-ci s'adresse lui-même à l'empereur. Il est bien clair que, dans l'une ou l'autre hypothèse, l'effet juridique procède du rescrit de l'empereur ou *beneficium principale;* la prétendue légitimation *ex testamento*, distinguée par quelques auteurs et peut-être par Justinien lui-même, n'est donc qu'une chimère (Nov. 89, ch. 9).

Les deux modes de légitimation dont il vient d'être question présentaient le même caractère et produisaient des effets identiques. L'un et l'autre avaient pour cause l'intention louable d'ennoblir les enfants du concubinat, inférieurs dans l'idée chrétienne aux enfants du mariage. L'un et l'autre avaient pleine efficacité; les enfants ainsi relevés pour l'avenir acquéraient tous les droits de la filiation légitime; ils tombaient avec leurs propres descendants sous la *patria potestas*, qui leur procurait, envers le père et toute la famille paternelle, l'agnation et ses grandes conséquences de tutelle ou de succession. Mais ces résultats n'étaient pas rétroactifs; ainsi, le légitimé ne pouvait prétendre aux successions ouvertes avant son entrée dans la famille civile (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adoptionibus*, § 11. — Nov. 89, ch. 8).

§ II.

Légitimation imparfaite.

La légitimation imparfaite se produisait par l'oblation à la curie, *per oblationem curiæ*.

Ce mode de légitimation fut imaginé dès l'année 442 ou 443 de notre ère par Valentinien et Théodose qui le firent immédiatement

entrer dans la législation à titre d'institution définitive et permanente.

On entend par *curia*, dans le Bas-Empire, une sorte de sénat municipal; il en existe dans toutes les cités et jusque dans les chefs-lieux de villages, *metrocomiæ*, cantons. Les membres de ces petits sénats, *curiales* ou curions, jouissent de certaines prérogatives, telles que l'aptitude exclusive aux honneurs municipaux, et l'exemption de certaines peines rigoureuses ou déshonorantes, fustigation, mines, torture. Mais ces privilèges sont plus que balancés par des charges écrasantes; les *curiales* doivent notamment avancer de leurs deniers à l'État l'impôt foncier et l'impôt personnel, *jugatio et capitatio*, et l'insolvabilité des contribuables, fréquente dans ces temps de misère, rend trop souvent leur recours illusoire. Aussi cherchait-on de tous côtés à fuir ces dangereuses fonctions de la curie. Les empereurs en organisèrent le recrutement par diverses mesures de violence ou d'adresse; la plus efficace fut l'hérédité de la dignité de curion. Or les enfants du concubinat, étrangers à la condition paternelle, n'avaient pas le fardeau de cette pénible succession; de là vint que Théodose et Valentinien permirent au père *curialis* ou non de légitimer ses *liberi naturales* en les faisant entrer dans la curie de son municipe (L. 3, C., *De natur. liberis*, 5-27.)

Avant Justinien, trois conditions étaient exigées; il fallait : 1° que le père donnât à son fils naturel au moins vingt-cinq arpents de terre; 2° que l'enfant ne s'opposât point à la légitimation; 3° que le père n'eût pas d'enfants légitimes. Justinien supprima la dernière de ces trois conditions, et déclara la légitimation applicable même au fils d'une esclave, sous la double réserve que le père serait *curialis* et n'aurait pas de *liberi justi*. Enfin les enfants naturels, dans le cas de prédécès du père sans postérité légitime, eurent le droit de s'offrir eux-mêmes à la curie (L. 9, § 3, C., *De natur. liberis*, 5-27.)

Quant aux filles, exclues des charges publiques, le bénéfice de cette institution leur fut néanmoins communicable dès l'origine; il suffisait de les marier à un décurion, avec une dot de vingt-cinq arpents de terre.

Mise en parallèle avec la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit, la légitimation par oblation à la curie est justement qualifiée d'imparfaite. Car elle ne procède pas de la même cause morale; elle a moins en vue le relèvement social des enfants naturels que l'intérêt politique et fiscal de la constitution des curies. Les

effets en sont aussi moins énergiques. L'enfant tombe bien sous la *patria potestas;* mais il ne devient agnat que de son père, et non des autres parents paternels; envers le père lui-même, s'il y a des enfants légitimes, il est inhabile à recevoir, par suite de dispositions testamentaires, plus que ne recueille l'enfant légitime le moins prenant (L. 9, C., *De natural. liberis*, 6-27. — *Inst.*, L. I, t. X, *De nuptiis*, § 13. — Nov. 89, ch. 2-5).

CHAPITRE VI.

ADOPTION.

(*Inst.*, L. I, t. IX.)

L'adoption, troisième et dernière source de la puissance paternelle, diffère du mariage et de la légitimation par deux caractères bien tranchés.

D'abord elle procure le plus souvent la puissance paternelle sur des enfants d'autrui; on les appelle *liberi adoptivi*, en les opposant aux enfants du sang, nommés dans cette acception *naturales liberi*. Ensuite, si le mariage toujours et la légitimation d'ordinaire sont des actes privés, l'adoption est un acte essentiellement public.

L'adoption, très rare chez nous, a occupé une place considérable dans la législation romaine. Dans l'ordre politique, elle servait à la conservation des noms illustres et des races glorieuses, avec leur culte domestique et leurs vieux souvenirs. Dans l'ordre civil, elle fournissait un moyen d'ouvrir la famille légale aux parents de la nature ou cognats, trop dédaignés par l'ancien droit et jusqu'à l'organisation d'une légitimation régulière sous le Bas-Empire, elle en remplit l'office; car il suffisait d'adopter les enfants du concubinat pour les transformer en *justi liberi*.

L'adoption peut se définir : un acte solennel, dont l'effet est de mettre un citoyen romain sous la puissance paternelle d'un autre citoyen romain, en les reliant artificiellement par un rapport de filiation légitime. De cette définition sort un principe célèbre, *adoptio naturam imitatur*.

Dans le Bas-Empire, on rencontre quelques cas, inconnus des jurisconsultes de la grande époque, où l'adpotion n'a plus son ré-

sultat normal de créer la puissance paternelle. Cette observation conduit à distinguer l'adoption régulière et l'adoption irrégulière.

PREMIÈRE SECTION.

ADOPTION RÉGULIÈRE.

L'adoption régulière ou *plena*, la seule qui fût usitée à l'époque classique, fait acquérir la puissance paternelle, tantôt sur une personne *sui juris* qui se donne elle-même, tantôt sur une personne *alieni juris* qui est donnée par son *pater*.

La première application se nomme *adrogatio*, la seconde *adoptio* proprement dite.

§ I.

Conditions de forme.

Les formes de l'une et de l'autre diffèrent profondément.

Formes de l'adoption. — S'agit-il d'une adoption proprement dite? l'enfant doit sortir d'une puissance paternelle pour entrer sous une autre. Le père épuise donc sa *patria potestas*, sur la fille ou le petit-enfant par une seule mancipation, sur le fils par trois mancipations, dont les deux premières sont suivies de deux affranchissements qui remettent le fils sous le joug du père, et dont la troisième seule l'en libère définitivement. Dans cette situation, le père dépouillé de la *patria potestas*, le tiers investi du *mancipium*, et l'enfant se rendent devant le magistrat pour procéder à une *cessio in jure* (procès fictif en revendication); le tiers réclame l'enfant comme sien, le père acquiesce ou se tait, et le préteur par une déclaration appelée *addictio*, proclame que l'enfant appartient au tiers; l'adoption est faite (*Gaius*, I, 134. — *Ulpien*, R., t. X, § 1).

Ce procédé paraît plus étrange que logique; car on y voit passer de la tête du premier père sur la tête du second une puissance paternelle qui n'est plus. Justinien a bien fait de remplacer ce mécanisme incohérent; désormais, l'adoption résulte d'une déclaration du père au magistrat, en présence de l'adoptant et de l'adopté, le tout consigné sur les registres officiels ou *acta publica* (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 1. — L. 11, C., *De adopt.*, 8-48. — Conf., C. C., art. 353 et s.).

Formes de l'adrogation. — S'agit-il d'une adrogation? alors intervient, non plus le magistrat, mais le législateur.

Trois périodes sont faciles à discerner. 1° Sous la République, l'adrogation relève des pontifes et des comices par curies; les pontifes font une enquête sur la situation et les mobiles de l'adrogeant; le projet revêtu de leur approbation est porté devant les comices, où le *magistratus senatorius*, par exemple le consul, demande successivement à l'adrogeant, à l'adrogé et au peuple s'ils consentent à l'adrogation; elle tire son nom de ces trois *rogationes*. 2° Plus tard, déjà même au temps de Cicéron, les curies ne se réunissent plus; trente licteurs sous la présidence du magistrat en sont le simulacre, et quoique les jurisconsultes, fidèles à la théorie, attribuent encore l'adrogation aux comices, Tacite a le bon sens de n'y voir désormais que l'œuvre des pontifes. 3° Enfin, suivant le cours général des institutions romaines, l'empereur s'arroge cette attribution comme les autres, et le changement paraît consacré dès le règne de Dioclétien. L'adrogation se fait alors *principali rescripto*; le magistrat est chargé de l'enquête et de la constatation du rescrit dans les *acta publica* (*Gaius*, I, 98, 99. — Tacite, *Hist.*, I, 15. — *Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 1. — L. 2, 6, C., *De adopt.*, 8-48) (1).

Parallèle. — Comme on le voit, la volonté des parties est plus libre dans l'adoption que dans l'adrogation; car le magistrat ne peut refuser son concours à l'adoption, tandis que le législateur est souverainement maître d'accepter ou de rejeter l'adrogation. Ce n'est d'ailleurs que justice. L'adoption a pour objet unique de déplacer une puissance paternelle, elle ne touche pas à l'ensemble des familles romaines et n'intéresse pas la cité; au contraire, par l'adrogation, une personne *sui juris* devient *alieni juris*, un *paterfamilias* change d'état, éteint son foyer, renverse ses autels et fait disparaître une famille. Cette modification profonde dans la composition de la cité demandait évidemment le concours et l'acquiescement du peuple.

A cette différence capitale s'en rattachaient quelques autres; ainsi : 1° la présence de magistrats dans les provinces rendait l'a-

(1) Les auteurs littéraires parlent quelquefois d'une adrogation se faisant par testament; ainsi Suétone nous apprend qu'Octave fut adopté de cette manière par César (Suétone, *César*, n° 83). Mais cette adoption n'obtenait son effet que par un rescrit impérial, de telle sorte que ce n'était pas la volonté du testateur qui opérait l'adrogation, c'était toujours l'autorité législative.

doption possible en tous lieux; mais l'adrogation, tant qu'elle n'émana point d'un rescrit impérial, ne fut praticable qu'à Rome, au siège des comices; 2° le consentement de l'adrogé devait être formel, puisqu'il intervenait sur une *rogatio* spéciale; quant à l'adopté, il suffisait du défaut d'opposition de sa part, ce qui permettait l'adoption de l'*infans* ou du fou.

D'ailleurs, les formes de ces deux opérations n'étaient pas sans ressemblance; ainsi : 1° l'une et l'autre exigeaient la présence de l'adopté ou de l'adrogé; cette règle tomba sans doute pour l'adrogation, dès qu'elle put se faire par rescrit; 2° ni l'une ni l'autre ne supportaient de terme ou de condition; car elles tendaient à constituer la *patria potestas*, qui ne saurait se comprendre temporaire ou conditionnelle (L. 34, D., *De adoptionibus*, 1-7; L. 77, D., *De regulis juris*, 50-17).

§ II.

Conditions de personnes.

Toutes les personnes indistinctement ne sont pas admises à figurer dans l'adrogation ou dans l'adoption.

Rôle actif. — Pour jouer le rôle d'adoptant ou d'adrogeant, il faut avoir l'aptitude juridique et physique à la puissance paternelle. Or, sont juridiquement incapables d'acquérir la puissance paternelle, et partant d'adroger et d'adopter : 1° les esclaves; 2° les non-citoyens; 3° les femmes; 4° les fils de famille.

Sont physiquement incapables les eunuques ou castrats, *castrati;* si l'on admet, au contraire, la validité de l'adrogation ou de l'adoption faite par un impuissant, *spado*, de même que la validité de son mariage, c'est par le motif que l'impuissance naturelle défie toute constatation positive. Outre l'aptitude physique à devenir père en général, on doit pouvoir être spécialement le père de la personne qu'on adopte ou qu'on adroge, c'est-à-dire avoir la puberté pleine, au moins dix-huit ans de plus qu'elle (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adoptionibus*, §§ 4, 9, 10) (1).

Ces conditions sont exigées pour l'adoption comme pour l'adro-

(1) Le Code civil exige seulement que l'adoptant ait quinze ans de plus que l'adopté (art. 343); pour l'adoption rémunératoire, il suffit que l'adoptant soit plus âgé (art. 345).

gation. Mais l'adrogation en requiert deux autres, la loi veut que l'adrogeant n'ait pas d'enfants légitimes, et qu'il ait soixante ans accomplis; car jusqu'à cet âge, l'homme était en demeure de se marier, d'après le système des lois Caducaires (L. 15, §§ 2-3; L. 17, § 3, D., *De adoptionibus*, 1-7).

Rôle passif. — Distinguons des incapacités relatives et des incapacités absolues.

Incapacités relatives. — Les jurisconsultes classiques connaissaient plusieurs cas d'incapacité relative. Ainsi, celui qui avait été émancipé ou donné en adoption par son père adoptif ne pouvait plus, par une seconde adoption, retomber sous la puissance de la même personne. De même, le mineur de vingt-cinq ans ne pouvait être adrogé par celui qui avait été son tuteur ou curateur (L. 17, pr.; L. 37, § 1, D., *De adoptionibus*, 1-7).

Mais le plus célèbre exemple d'incapacité relative est étranger au droit classique. Jusqu'au règne de Justin, le père eut la faculté d'adopter ou d'adroger ses enfants issus du concubinat; ce prince l'en empêcha, dans le but de pousser à la légitimation par mariage subséquent. Une telle prohibition, déraisonnable pour les cas où le mariage se trouvait impossible, n'eut plus d'inconvénients le jour où Justinien eut permis la légitimation par rescrit (L. 7, C., *De naturalibus lib.*, 5-27; Nov. 74, ch. 3).

Incapacités absolues. — Quant aux incapacités absolues, mettons d'abord l'esclave hors de cause; puisqu'il lui manque le *jus civitatis*, il ne saurait être ni adrogé, ni adopté; tout au plus une déclaration d'adoption, faite par le maître à propos de son *servus*, vaudrait-elle affranchissement *per nominationem filii*. Les femmes, au contraire, ont toujours fait l'objet d'une adoption valable; mais l'adrogation leur était inapplicable sous l'ancienne forme, parce qu'elles n'avaient pas accès dans les comices; une fois le consentement des curies remplacé par le rescrit du prince, cette règle disparut, au plus tard, sous Dioclétien. Le mineur de vingt-cinq ans, dont l'adoption et l'adrogation furent libres à l'origine, ne put depuis Claude se donner en adrogation que sur l'avis conforme d'un curateur (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 12. — L. 8, D., *De adopt.*, 1-7. — L. 8, C., *De adopt.*, 8-48).

Adrogation de l'impubère. — La situation de l'impubère demande un examen plus approfondi. Il n'y a jamais eu d'obstacle à son adoption; mais son adrogation demeura longtemps interdite en

thèse générale, par le double motif que les comices lui étaient inaccessibles, et qu'on ne voulait pas reconnaître à son tuteur le pouvoir exorbitant d'éteindre la tutelle en le rendant *alieni juris* (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, V, 19. — L. 17, § 1, D., *De adopt.*, 1-7).

Antonin le Pieux, dans un rescrit adressé au collège des Pontifes, autorisa pour l'avenir l'adrogation de l'impubère, tout en la soumettant à des conditions spéciales destinées à sauvegarder du même coup l'intérêt du pupille adrogé et l'intérêt des tiers (*Gaius*, I, 102. — *Ulpien*, R., t. VIII, § 5).

Précautions prises pour l'impubère. — Dans l'intérêt de l'impubère sont prescrites des mesures préalables, telles que le consentement de son tuteur (1), l'avis de ses parents, une enquête faite par le magistrat sur la moralité de l'adrogeant, sur les mobiles qui le poussent à l'adrogation et sur l'avantage qu'y trouvera l'enfant (L. 17, §§ 1, 2, D., *De adopt.*, 1-7).

L'adrogation prononcée, on veut qu'en aucun cas elle ne cause de préjudice à l'impubère; s'il est donc émancipé ou exhérédé par l'adrogeant, il aura toujours le droit de réclamer par une action de créance (*condictio ex lege*) la restitution de ses biens personnels, c'est-à-dire ce qui lui appartenait avant l'adrogation ou qu'il a fait ensuite acquérir à l'*adrogator* (L. 1, D., *De cond. ex lege*, 13-2).

On va plus loin; l'impubère peut demander, en outre de ses biens personnels, une partie de ceux de l'adrogeant, lorsqu'il est émancipé sans griefs légitimes, ou lorsqu'il est exhérédé même avec justes motifs; on lui attribue alors en indemnité le quart de la portion qu'il aurait recueillie à titre d'héritier légitime, s'il fût resté *in potestate* et s'il eût succédé à l'*adrogator*; ce quart ainsi réservé s'appelle *quarte Antonine*, du nom de son organisateur. Établie à l'exemple de la *quarte légitime*, qui est le minimum assuré aux enfants du mariage; la quarte Antonine se calcule comme elle sur les biens laissés par l'adrogeant à sa mort, et n'est pas due de son vivant, d'où résulte que l'adrogé prédécédé n'y aura jamais pu prétendre. Mais à la différence de la quarte légitime, elle n'est pas un vrai droit héréditaire et ne constitue qu'une charge de la succession; c'est donc par une action de créance (action *familiæ erciscundæ utilis*) qu'elle est poursuivie; néanmoins cette action tend au

(1) Si l'impubère a plusieurs tuteurs, ils doivent tous consentir (L. 5, C., *De auct. præst.*, 5-59).

quart en nature, et l'adrogé a qualité pour intervenir au partage (L. 2, § 1, D., *Fam. ercisc.*, 10-2. — L. 1, § 21, D., *De collatione*, 37-6).

Précautions prises pour certains tiers. — Antonin le Pieux édicta également des mesures dans l'intérêt des ayants-cause de l'adrogé impubère; elles se résument dans le principe que les biens de l'impubère, s'il meurt avant sa puberté, doivent retourner aux personnes qui les auraient recueillis en l'absence d'adrogation. Ces personnes seront le plus souvent les parents qui seraient venus *ab intestat;* quelquefois, si le père a usé de la faculté qu'on lui reconnait de tester pour l'enfant impubère, ce seront les substitués pupillaires qui seraient venus *à testato*, et les légataires ou fidéicommissaires. Lors de l'adrogation, ces divers intéressés ne sont pas légalement connus; aussi, pour atteindre le but se sert-on d'un expédient. Un *servus publicus*, fictivement considéré comme l'esclave commun de tous les citoyens, stipule au nom de ceux de ces maîtres supposés qui pourront, si l'adrogé meurt impubère, justifier qu'en l'absence d'adrogation ils auraient eu droit à ses biens. L'adrogeant s'oblige avec caution, *cum satisdatione*, à les leur rendre dans le cas où l'adrogé mourrait avant sa puberté. Dès lors naît contre l'adrogeant ou ses héritiers une action personnelle *ex stipulatu*, que l'ayant-droit quelconque exercera le cas échéant. Cette action était surnommée *utilis*, c'est-à-dire extensive, pour indiquer qu'elle se donnait en dehors des vrais principes (L. 18, 19, pr., D., *De adopt.*, 1-7).

Cet expédient était ingénieux mais peu logique; car il n'était pas vrai d'abord que le *servus publicus* eût pour maîtres tous les citoyens et pût stipuler pour tels ou tels choisis dans le nombre ; il n'appartenait qu'à l'État. Puis la stipulation devait ici profiter à des personnes qui n'étaient peut-être pas encore conçues au jour du contrat; or, les lois s'accordent avec la raison pour proclamer qu'on ne peut acquérir de droit, même éventuel, avant d'être *in natura rerum.* En outre, le stipulant était d'habitude l'esclave chargé de transcrire et de garder les actes juridiques, *tabularius;* mais Arcadius et Honorius interdirent sévèrement cette fonction aux esclaves; les Institutes nous montrent néanmoins la stipulation toujours confiée au *tabularius;* elle est donc faite sous Justinien par un homme libre, malgré la règle romaine que nul ne stipule pour autrui, s'il n'est en sa puissance. Enfin on en vint même, si les pré-

cautions étaient omises, à tenir pour conclue la promesse de l'adrogeant; il va de soi qu'en cette hypothèse son engagement n'était point garanti par un fidéjusseur (L. 19, § 1, D., *De adopt.*, 1-7. — *Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 3. — L. 10, C., *De tabul.*, 10-69).

Toutes ces mesures, sans distinction, prises dans l'intérêt des tiers et de l'impubère, s'évanouissent à sa puberté; l'adrogé reste dès cette époque sous le droit commun de l'adrogation. Seulement, par application d'un principe général, il peut jusqu'à vingt-cinq ans accomplis demander, à l'aide de la *restitutio in integrum*, la rescision de tous les actes quelconques qui lui portent préjudice, entre autres, de l'adrogation, s'il y a lieu (L. 32, 33, D., *De adopt.*, 1-7. — *Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 3).

§ III.

Effets de l'adoption régulière.

La plupart des effets de l'adoption régulière sont communs à l'adoption proprement dite et à l'adrogation; d'autres sont particuliers à l'adrogation.

Effets communs de l'adoption et de l'adrogation. — La gravité des conséquences de l'acte accompli se révèle avant tout par un détail extérieur. L'enfant adoptif prend le nom de l'adoptant; et son premier nom devient une épithète; ainsi le fils de Paul-Émile, adopté par Scipion sera Scipion Emilien; Octave, adopté par César, sera César Octavien (Conf., C. C., art. 347).

Au point de vue juridique, l'adoption régulière établit entre le père et l'enfant adoptif le rapport de la filiation légitime *ex justis nuptiis*. Comme nul ne peut avoir à la fois deux familles, l'enfant adoptif sort de sa famille originaire et perd tous les droits qu'il y avait à raison de l'agnation. En revanche, introduit dans une autre famille, il y tombe sous la puissance du chef, ordinairement en qualité de fils, quelquefois en qualité de petit-fils, arrière-petit-fils, etc.; dans ces derniers cas, le *paterfamilias* peut lui assigner, parmi ses autres descendants, un père dont le consentement sera d'ailleurs nécessaire, en vertu de la règle déjà connue qu'on n'a pas d'héritiers siens malgré soi. L'enfant adoptif se trouve uni à tous les agnats de son *pater*, même contre leur gré, par le lien de l'agnation, qui em-

porte *à fortiori* la cognation dans ses résultats civils (L. 7, 23, 26, D., *De adopt.*, 1-7).

Comparaison avec le mariage. — Cependant la filiation par adoption n'est pas absolument identique à la filiation *ex justis nuptiis;* elle en diffère à quelques égards : 1° pendant sa durée, elle ne compte pas au père adoptif pour l'acquisition des divers avantages réunis sous le nom de *jus liberorum*, ni pour le soustraire aux déchéances de l'*orbitas* ou l'appeler aux privilèges de la paternité, sous les lois Caducaires ; 2° après sa dissolution, elle ne laisse peut-être qu'une seule trace, qui est l'empêchement du mariage en ligne directe. Le nom du père et le droit de cognation, que garde toujours l'enfant *ex justis nuptiis* même dépouillé de l'agnation, l'enfant adoptif les perd avec elle; on ne lui demande aucune *reverentia* envers la personne qui n'est plus son père, et qui se trouve désormais dans l'impuissance légale de l'adopter ou de l'adroger une seconde fois (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat. pr.* — L. 51, § 1, D., *De legatis* 2°, L. 31).

Effets particuliers de l'adrogation. — Outre les précédentes conséquences, l'adrogation produit encore deux effets spéciaux.

Les enfants légitimes déjà nés ou conçus de l'adrogé suivent sa condition et tombent ou naissent sous la puissance de l'adrogeant, qui peut désormais les garder en renvoyant leur père (1). Au contraire, les enfants légitimes déjà nés ou conçus de l'adopté ne suivent pas sa condition et restent ou naissent sous la puissance de l'aïeul naturel, qui ne donne que leur père à l'adoptant. Quant aux enfants conçus après l'adrogation, ils appartiennent sans distinction à la nouvelle famille (L. 40, pr., D., *De adopt.*, 1-7. — *Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 11).

En second lieu, puisque l'adrogé était *sui juris* auparavant, il pouvait avoir un patrimoine ; l'adrogation le rend *alieni juris* et fait acquérir tous ses biens à l'adrogeant. Nous verrons ailleurs les effets civils ou prétoriens de cette transmission. Dans le droit de Justinien, l'adrogé conserve la nue propriété, l'adrogeant ne gagne que l'usufruit; par conséquent, après l'adrogation d'un impubère, les diverses restitutions imposées suivant les cas à l'*adrogator* ne porteront plus que sur la jouissance (*Inst.*, L. III, t. X., *De adquis. per adrog.*).

(1) Les Institutes citent à ce sujet un exemple historique. Auguste, avant d'adroger Tibère, attendit qu'il eut adopté Germanicus, pour faire de l'un son fils et de l'autre son petit-fils (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 11).

DEUXIÈME SECTION.

ADOPTION IRRÉGULIÈRE.

L'adoption irrégulière est celle qui ne produit point la puissance paternelle. Créée par le droit du Bas-Empire, elle s'applique à deux hypothèses distinctes.

Adoption émanée d'une femme. — Puisque la *patria potestas* est le monopole des hommes, il fut longtemps admis que les femmes ne pouvaient adopter ni adroger. Dioclétien le leur permit en 291 (L. 5, C., *De adopt.*, 8-48). Mais cette adoption irrégulière diffère de l'autre à deux points de vue principaux.

1° Par les conditions; il faut toujours un rescrit de l'empereur, et la femme doit avoir eu des enfants et les avoir perdus (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 10) (1).

2° Par les effets; l'adopté ne sort pas de sa famille originaire, y conserve les droits de *suus heres*, et devient seulement héritier *ab intestat* de l'adoptante; lorsqu'elle l'omet sans cause dans son testament, peut-être est-il en droit d'intenter la *querela inofficiosi testamenti* (L. 29, § 3, D., *De inoffic. test.*, 5-2).

Adoption émanée d'un non ascendant. — Justinien ne touche pas aux règles classiques de l'adrogation, du moins en ce qui concerne l'acquisition de la *patria potestas*. Quant à l'adoption proprement dite, il distingue si le rôle d'adoptant est joué par un étranger ou par un ascendant. Au premier cas, elle n'entraîne plus translation de puissance paternelle ni changement de famille; aussi les interprètes modernes la qualifient-ils alors de *minus plena ;* au second cas, elle produit toutes ses anciennes conséquences et reste *plena*. Examinons cette distinction.

En supposant l'adoption faite par un étranger, *extraneus*, l'adopté courait un grand danger avant Justinien. D'une part, il perdait tous droits de succession dans sa famille originaire; d'autre part, ceux qui lui étaient acquis en échange dans sa famille adoptive pouvaient lui être enlevés par l'effet d'une émancipation. Il est

(1) L'empereur Léon permet cependant aux femmes d'adopter, alors qu'elles n'auraient pas eu d'enfants (Nov. 27).

vrai qu'en cette dernière hypothèse le préteur le rappelait à l'hérédité du père primitif en qualité de *bonorum possessor ;* mais encore fallait-il que cette hérédité n'eût pas été déjà ouverte et partagée avant la rupture de l'adoption. Justinien ne voulut point que l'adopté se vît ainsi frustré de toutes ses espérances. Pour empêcher ce résultat inique, l'empereur décide que l'adopté restera désormais sous la puissance et dans la famille originaire, et par conséquent y conservera sa vocation successorale, comme s'il n'y avait pas eu d'adoption. En même temps, il est appelé à la succession *ab intestat* de l'adoptant et s'il y arrive, ce sera comme *suus heres ;* mais il peut en être exclu par une émancipation ou par un testament qui l'exhéréderait ou l'omettrait. Contre un tel testament, il ne semble pas avoir la plainte d'inofficiosité; sa position est donc inférieure sur ce point à celle de l'adopté d'une femme. Peut-être lui est-elle supérieure en ce que l'adoption continuerait ici de transférer à l'adopté le nom de l'adoptant (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 2. — L. 10, C., *De adopt.*, 8-48. — Conf., C. C., art. 350).

Si l'on étudie, au contraire, l'adoption faite par un ascendant, le système antérieur à Justinien n'offre pas les mêmes inconvénients, et ce prince n'y change rien. Pour la possibilité d'une telle adoption, il faut avant tout supposer un ascendant non investi de la *patria potestas;* tels sont, par exemple, les ascendants maternels, et parmi les ascendants paternels, l'aïeul qui adopte le petit-fils conçu et né postérieurement à l'émancipation du fils, ou le père émancipé qui adopte son propre fils resté sous la puissance de l'aïeul.

Dans le cas où l'adoptant est un ascendant paternel, aucun péril ne menace l'adopté. En effet, tant que dure l'adoption, il conserve *jure prætorio* dans sa famille originaire la situation successorale qu'il y avait auparavant. Après la rupture du lien adoptif, il se retrouve investi *jure prætorio* des droits qu'il aurait eus, comme descendant, à l'hérédité de l'adoptant, en l'absence de toute adoption (L. 21, § 1, D., *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4).

Lorsque l'adoptant est un ascendant maternel, la position de l'adopté n'est pas aussi sûre. En effet, tant que dure l'adoption, il se voit écarté de toute hérédité même prétorienne dans la famille originaire, dont les biens, n'était cette règle, passeraient par son entremise dans la ligne maternelle. Après la rupture du lien adoptif, l'adopté est appelé *jure prætorio* à la succession de son père primitif; mais si nous la supposons déjà ouverte et partagée, il n'aura

plus que l'espérance incertaine de succéder à son ascendant maternel en qualité de cognat, c'est-à-dire à défaut de descendants par mâles et d'agnats. Aussi les interprètes expliquent-ils ici la décision de Justinien, confirmatrice de l'ancien droit, par l'affection de l'ascendant maternel, qui ne voudra pas rompre à la légère le lien de l'adoption : cette raison est loin de suffire. Nous verrons d'ailleurs qu'une Novelle, postérieure aux Institutes, rendue en l'année 543, est venue mettre sur le même pied tous les descendants par les mâles et par les femmes, en les appelant sans distinction à la succession des ascendants (Nov. 118).

CHAPITRE VII.

DISSOLUTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

(*Inst.*, L. I, t. XII.)

La puissance paternelle, dont nous connaissons les trois sources et les principales conséquences, peut disparaître de diverses manières.

§ I.

Causes d'extinction.

Les causes d'extinction de la *patria potestas* surviennent de plein droit ou par la volonté du père.

Extinction de plein droit. — La *patria potestas* s'éteint de plein droit à la suite de tout événement qui enlève soit au père, soit à l'enfant, soit à tous les deux, la capacité de l'exercer ou de la subir. Certains de ces événements peuvent se produire sur la tête de l'un ou de l'autre, certains restent propres à l'enfant.

Causes communes au père et à l'enfant. — Les causes d'extinction légales communes au père et à l'enfant sont : la mort naturelle, la perte de liberté, la perte de la cité (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus pot. solv. pr.*).

La mort du *paterfamilias* ne libérait en principe que les enfants au premier degré; les autres ne devenaient *sui juris* que dans le cas où ils se trouvaient sous la puissance immédiate du chef de

famille au jour de son décès, ce qui arrivait lorsqu'ils n'étaient séparés du défunt par aucun intermédiaire.

La chute du père ou de l'enfant en esclavage appelle deux observations. D'abord, s'il est vrai que la *servitus pœnæ* n'existe plus depuis Justinien, on n'en doit pas conclure à la conservation de la puissance paternelle dans la personne du condamné; car l'empereur n'a voulu empêcher que la dissolution forcée du mariage, qui devint alors *matrimonium injustum*. Ensuite, quand le père ou l'enfant tombe en captivité, la fiction du *postliminium* efface rétroactivement, au retour, l'esclavage et ses conséquences; si le père captif meurt chez l'ennemi, chaque enfant est considéré comme *sui juris* non depuis le décès, mais depuis le commencement de la *servitus* et reste seul propriétaire des acquisitions qu'il a faites à compter de ce moment (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus pot. sol.*, §§ 3, 5. — Nov. 22, ch. 8) (1).

La perte de la cité détruit aussi la *patria potestas*, que cette perte provienne d'une condamnation, comme l'interdiction de l'eau et du feu et la déportation, ou de toute autre cause comme l'émigration dans les colonies latines, ou l'acquisition d'une nationalité étrangère (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus. pot. solv.*, § 1. — *Gaius*, I, 131) (2).

L'empereur a le pouvoir de rétablir la *patria potestas* anéantie par une condamnation; il n'a qu'à la comprendre dans la grâce qu'il lui appartient d'accorder plus ou moins efficace au condamné; tel est le cas de la *restitutio per omnia* (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quib. mod. jus. pot.*, § 1. — L. 2, 13, C., *De sentent. passis.*, 9-51).

Causes spéciales à l'enfant. — D'autres causes d'extinction ne se produisent que sur la tête de l'enfant. Dans le droit classique, c'est: pour la fille, l'élévation à la dignité de vestale; pour le fils, la charge de *Flamen Dialis* ou Flamine de Jupiter. Dans le droit de Justinien, ce sont les fonctions de patrice et toutes celles qui affranchissaient de la curie, notamment le consulat et l'épiscopat

(1) La question controversée à l'époque de Gaius fut tranchée dans le sens indiqué au texte par les jurisconsultes de l'époque classique qui appliquèrent à cette hypothèse la fiction de la loi Cornelia (*Gaius*, I, 129. — L. 12, § 1; L. 18, D., *De captivis*, 49-15).

(2) Il est à peine besoin de faire remarquer que la *relegatio in insulam* n'entraînant pas la perte de la *civitas* laisse subsister la puissance paternelle (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus. pot. sol.*, § 2).

(*Gaius*, I, 130. — *Inst.*, L. I, t. XII, *Quib. mod.*, § 4. — L. 5, C., *De consulibus*, 12-3. — Nov. 81, ch. 2).

Extinction volontaire. — Le père peut lui-même abdiquer sa *patria potestas;* en principe, nul ne peut l'y contraindre; d'ailleurs s'il lui plait de s'y décider, sa volonté seule ne suffit pas et doit s'accompagner de formes empruntées par la jurisprudence à la loi des Douze-Tables.

On peut indiquer trois causes d'extinction volontaire :

1° La *coemptio filiæ familias* dans le but de créer la *manus* soit au profit du mari, soit au profit d'un tiers (*Gaius*, I, 136);

2° L'*adoption* consentie par le père de famille au profit d'un citoyen quelconque jusqu'à Justinien, et d'un ascendant depuis cet empereur (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quibus modis jus. pot. sol.*, § 8).

3° L'*émancipation.* — Ce procédé doit s'examiner à trois époques : 1° l'émancipation classique se rapproche beaucoup de l'adoption, car elle appartient à la juridiction gracieuse, ne comporte ni condition ni terme, et nécessite la présence de l'enfant; elle se fonde aussi sur la loi des Douze-Tables qui fait résulter l'extinction de la puissance paternelle de trois mancipations pour le fils et d'une seule mancipation pour la fille et les petits-enfants : *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* La *patria potestas,* ainsi détruite est remplacée par le *mancipium* en faveur de la personne qui a joué le rôle d'acquéreur dans la vente imaginaire. Ici deux voies se présentent : ou bien cet acquéreur s'est préalablement engagé, au moyen d'un contrat appelé *fiducia*, à libérer l'enfant de son *mancipium* par une manumission qui le rend *sui juris,* et qui laisse au *manumissor* les droits de tutelle et de succession; ou bien cet acquéreur a promis par la *fiducia* de remanciper l'enfant au père, qui fera lui-même l'affranchissement et se réservera comme patron le *jus tutelæ et successionis* (1); 2° L'empereur Anastase, en 503, comble une lacune du système précédent en décidant que l'émancipation de l'absent peut avoir lieu par rescrit impérial, inséré *apud acta judicis* du consentement de l'enfant; c'est l'émancipation anastasienne (L. 5, C., *De emancip. liber.*, 8-49) (2); 3° enfin la simplification s'achève sous Justinien; l'émancipation résulte

(1) On disait dans ce cas que l'émancipation avait lieu *contracta fiducia* (*Gaius*, I, 132).

(2) Si l'enfant est incapable de consentir (*infans*), on se passera de son consentement (L. 5 *in fine*, C., *De emancip. liber.*, 8-49).

désormais d'une simple déclaration devant le magistrat, et l'on y sous-entend toujours le contrat de fiducie, qui procure au père les droits de tutelle et de succession (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quib. mod. jus. pot.*, § 6. — L. 6, C., *De emancip. liber.*, 8-49).

Deux remarques compléteront cette théorie. Si le père ne peut en principe, être contraint à l'émancipation, on la lui imposera cependant dans certains cas, notamment au profit de l'enfant qu'il maltraite ou de la fille qu'il prostitue. En outre l'émancipation d'un enfant, comme l'affranchissement d'un esclave, est révocable pour ingratitude (*Inst.*, L. I, t. XII, *Quib. mod. jus. pot.*, § 9 *in fine.* — L. 1, C., *De ingratis liberis*, 8-50. — F. V., § 248).

§ II.

Effets de l'extinction.

Le résultat commun et fondamental de toutes les causes d'extinction que nous venons de parcourir, c'est de dissoudre la puissance paternelle, et par suite tous les droits du père sur la personne et les biens de l'enfant. Mais là se posent deux questions :

1° L'enfant reste-t-il dans les liens de l'agnation? La réponse doit varier. L'agnation est conservée à l'enfant, lorsque la dissolution de la *patria potestas* provient, soit de son élévation à certaines dignités, soit de la mort, de la perte de la liberté ou de la perte du droit de cité subie par le père; dans ce cas, l'enfant n'encourt aucune *capitis deminutio.* L'agnation disparaît au contraire avec ses diverses conséquences, lorsque la puissance paternelle est détruite par la perte de la liberté ou de la cité pour l'enfant, la *conventio in manum,* pour la fille, l'adoption et l'émancipation; on dit alors que l'enfant éprouve une *capitis deminutio.* La perte de la cité et de la liberté lui enlève même la cognation (Gaius, II, 135. — L. 4, §§ 10, 11, D., *De gradibus*, 38-10) (1).

2° L'enfant acquiert-il la libre disposition de sa personne et de ses biens? La réponse change encore avec les hypothèses. L'enfant n'acquiert pas la disposition de sa personne, c'est-à-dire qu'il

(1) La rupture des liens de l'agnation fait disparaître les droits héréditaires que le *jus civile* attache à la parenté civile; cependant, le préteur conserve encore dans certains cas à l'enfant ses droits de succession sur les biens de son père ou de ses ascendants paternels (*Gaius*, I, 135; III, 26).

reste *alieni juris*, quand une nouvelle puissance, remplace l'ancienne : tel est le résultat de sa chute en esclavage, de son adoption, de la *conventio in manum*, et même de la disparition de l'aïeul pour les petits-enfants, lorsqu'elle les laisse retomber sous le joug du père demeuré dans la famille; en tout autre cas, l'enfant devient *sui juris*.

Pour ses biens, l'enfant *sui juris* en est propriétaire, si ce n'est qu'après l'émancipation le père retient, jusqu'à Justinien, le tiers en nue-propriété, et depuis ce prince la moitié en usufruit du pécule *adventice*, l'enfant acquiert même sur le fondement d'une donation tacite, la propriété du pécule *profectice* à lui confié par son père lorsque celui-ci ne l'en prive pas en l'émancipant (F. V., § 260. — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas personas nobis adq.*, § 2. — Conf., C. C., art. 384).

CHAPITRE VIII.

MANCIPIUM ET MANUS.

(*Gaius*, I, 108-123.)

La *dominica potestas* et la puissance paternelle sont les deux principales puissances qui mettent une personne *in alieno jure;* les Institutes de Justinien n'en signalent pas d'autres. Mais le droit ancien ou classique connaissait en outre deux autres puissances : le *mancipium* et la *manus*, puissances accessoires, organisées par analogie des précédentes; il est nécessaire d'en indiquer au moins les plus intéressants caractères.

Mancipium. — Le *mancipium* offre un grand air de parenté avec la *dominica potestas*, seulement il appartient au *jus civile*. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant libre de droit, est de fait assimilée pour un certain temps à un esclave.

Constitution. Le *mancipium* ne s'établit que sur l'enfant de l'un ou de l'autre sexe *in patria potestate* et sur la femme *in manu;* il résulte de la mancipation que peut faire d'eux le chef de famille (*Gaius*, I, 117, 118, 141).

Effets. Le *mancipium* est parfois sérieux, lorsqu'un père mancipe ses enfants pour en tirer profit, ou pour se dérober à la réparation

du dommage qu'ils ont causé (*abandon noxal*). D'autres fois il n'est que fictif et sert de transition pour libérer, soit une femme de la *manus*, soit un enfant de la *patria potestas* en vue de l'adoption ou de l'émancipation. Anciennement, la ressemblance entre la *servitus* et le *mancipium* était à peu près complète; mais au temps classique, on dit que l'individu *in mancipio* est *loco servi*. En effet, le mancipé, comme l'esclave, perd sa capacité civile au profit de son maître, qui lui succède à titre universel et s'enrichira désormais de ses acquisitions et de son travail; il est sans doute dépouillé de l'exercice des droits politiques; enfin le *mancipium* se transmet régulièrement à d'autres acquéreurs par mancipation ou par hérédité (Cicéron, *Pro Cæcina*, 34. — *Gaius*, I, 138, 166).

Mais à la différence de l'esclave, le mancipé n'est atteint que dans son agnation; car il reste ingénu et redeviendra citoyen au jour de l'affranchissement; son mariage ne se dissout point; il n'est pas un objet de propriété véritable, et les créanciers de son acquéreur ne pourraient le comprendre dans une expropriation ou *venditio bonorum;* son maître doit même le traiter avec égards sous peine d'une action d'injures (*Gaius*, I, 139; II, 90. — *Paul*, S. L. V., t. I, § 1).

Extinction. Cette divergence entre l'esclavage et le *mancipium* s'élargit encore, au point de vue de leur extinction. Le *mancipium* finit bien, comme la *servitus*, par une manumission soumise aux formes ordinaires, *vindicta*, *censu*, *testamento;* mais deux règles sont spéciales au mancipé. D'abord les restrictions à l'affranchissement des esclaves, telles que les dispositions de la loi Fufia Caninia ou de la loi Ælia Sentia, disparaissent en sa faveur; car elles n'ont plus ici leurs raisons d'être. Ensuite il peut exiger son affranchissement *censu*, c'est-à-dire requérir son inscription sur le cens, hormis en deux cas : 1° quand l'acquéreur a promis de le remanciper au père dont on respecte alors le droit; 2° quand la mancipation est la conséquence d'un délit; le mancipé doit alors réparer le préjudice par son travail ou ses autres acquisitions, avant de requérir sa libération (*Gaius*, I, 138, 139, 140).

L'affranchissement produisait un rapport de patronat; mais il ne semble pas s'y rattacher un droit à des stipulations d'*operæ,* même quand le *manumissor* est le père; et pour le *jus successionis* on verra le préteur préférer un assez grand nombre de parents à l'émancipateur étranger (*bonorum possessio unde decem personæ*). L. 4,

D., *Si a parente quis man.*, 37-12. — *Inst.*, L. III, t. IX, *De bonorum possessionibus*, § 3).

Manus. — La *manus* est fort voisine de la *patria potestas*, elle appartient comme elle au *jus civile*, mais ne porte que sur les femmes et ne résulte jamais du seul fait de la naissance. Cette théorie demeure tout à fait indépendante de la théorie du mariage, puisqu'il peut y avoir *nuptiæ* sans *manus* et *manus* sans *nuptiæ* (*Gaius*, I, 109).

Formation. Il faut d'abord poser en règle que la femme n'y tombe pas sans le *jussus* de son père, si elle est *alieni juris*, et sans l'*auctoritas* de son tuteur, si elle est *sui juris*.

On distingue trois modes de constitution de la *manus :* la *confarreatio*, l'*usus*, la *coemptio* (*Gaius*, I, 110); ils sont tous accessibles au mari, le dernier seul est accessible à un tiers : 1° *Confarreatio :* c'était une cérémonie religieuse, peut-être réservée aux patriciens : ou du moins conservée plus longtemps dans leur caste. Les enfants issus d'époux *confarreati* avaient seuls l'aptitude aux fonctions sacerdotales de *flamines majores* et de *rex sacrorum*. Cette conséquence extrajuridique finit par être l'unique effet de la *confarreatio*, qui ne constituait plus à l'époque classique une véritable façon d'acquérir la *manus*. 2° *Usus :* c'était l'usucapion appliquée à la personne de la femme. Comme le mari eût obtenu la propriété d'un meuble par une possession annale, de même, il obtenait la *manus* par une année de cohabitation continue, *velut annuâ possessione usucapiebatur ;* la femme prévenait ce résultat en découchant trois nuits de suite, *trinoctio*, ce qui amenait l'interruption de l'usucapion, *usurpatio.* Il résulte bien de ces règles bizarres que la *manus* ne fut jamais une conséquence immédiate et nécessaire du mariage (1). 3° *Coemptio :* c'était la mancipation de la femme, faite par son père lorsqu'elle était *alieni juris*, faite par elle-même avec l'assistance de son tuteur lorsqu'elle était *sui juris;* en ce dernier cas, elle jouait le double rôle de venderesse et d'objet vendu (*Gaius*, I, 111, 119, 123, 136).

Effets. Considérée dans ses effets, la *manus* peut être réelle et matrimoniale, *matrimonii causa*, ou fictive et nominale, *fiduciæ causa*.

(1) La femme *sui juris* ayant besoin de l'*auctoritas tutoris* pour tomber sous la *manus* de son mari et l'*auctoritas* exigeant des formes solennelles, l'*usus* devait être inapplicable dans ce cas (Cicéron, *Pro Flacco*, 34).

La *manus matrimonii causa* s'établissait par l'un ou par l'autre des modes précités, et seulement au profit du mari, comme l'indique son nom elle remplaçait la puissance paternelle ou la tutelle, et faisait de la femme, en droit, la fille du mari, *loco filiæ*. Les rapports et devoirs personnels des deux conjoints n'étaient guère modifiés; le mari se trouvait néanmoins investi d'une sorte de juridiction criminelle sur sa femme, et pouvait ainsi la manciper à un tiers. Mais la *manus* produisait des effets considérables dans la sphère civile de la famille. Car tous les biens présents et futurs de la femme entraient dans le patrimoine du mari; devenue l'agnate et prise dans tous les liens d'agnation de son époux, elle était juridiquement la petite-fille de son beau-père et la sœur de ses enfants. Elle gagnait à ces changements la qualité de *sua heres* du mari; entre elle et ses enfants, ou ses autres agnats, s'établissaient des droits de succession inconnus en dehors de la *manus*. Rendue enfin *sui juris* par le veuvage, elle tombait sous la tutelle de son plus proche agnat, qui était son fils peut-être (*Gaius*, I, 114, 115).

La *manus fiduciæ causa* ne s'établissait que par la *coemptio;* elle ne s'appliquait qu'à une femme *sui juris* et pouvait se constituer tant au profit du mari qu'au profit d'un tiers. D'ailleurs, elle n'offrait rien que de provisoire ou de passager; la femme la recherchait non comme but, mais comme moyen. L'acquéreur de cette *manus*, époux ou tiers, s'engageait à remanciper immédiatement la femme à une personne qui devait l'affranchir *vindicta*, en vertu d'un contrat de fiducie; de là le nom de *coemptio fiduciæ causa*. On ne connaît que trois cas d'application de ce curieux procédé, l'un signalé par Cicéron, les deux autres par Gaius; ils répondent à des intérêts trop minimes ou trop obscurs pour arrêter l'attention (1).

Extinction. La *manus*, par analogie avec la *patria potestas*, avait deux causes d'extinction : 1° la mort naturelle ou civile de l'une ou de l'autre des deux personnes qu'elle supposait; 2° l'émancipation; mais à la différence du fils de famille, la femme pouvait exiger la dissolution de la puissance, soit en vertu du contrat de

(1) Les trois applications connues de la *manus fiduciæ causa* sont : 1° la *manus testamenti faciendi gratia* imaginée pour permettre à la femme de faire son testament, cette application a disparu depuis Adrien; 2° la *manus tutelæ vitandæ gratia* permettant à la femme en tutelle de changer de tuteur à discrétion; 3° *la manus sacrorum interimendorum causâ* dans le but de donner à une femme instituée héritière le moyen de se débarrasser des *sacra privata* du défunt (*Gaius*, I, 113-115. — Cicéron, *Pro Murena*, 12. — *Aulu-Gelle*, L. I, ch. XII, 9).

fiducie, soit en exerçant son droit au divorce. Le divorce, sans éteindre directement la *manus*, mettait le mari dans l'obligation d'y renoncer; il l'abdiquait dans le cas d'*usus* ou *de coemptio*, par une mancipation suivie d'un affranchissement, et dans le cas de *confarreatio*, par une cérémonie contraire qui s'appelait *diffarreatio* (*Gaius*, I, 137. — Festus, *De verb. sign.*, v° *Diffarreatio*).

La *manus* devait tomber en désuétude; nous verrons, en effet, disparaître successivement les divers besoins qu'elle avait mission de satisfaire. Aussi tout vestige en est-il effacé bien avant le règne de Justinien, qui n'a pas même inscrit dans ses Institutes le nom de cette institution surannée.

CHAPITRE IX.

TUTELLE ET CURATELLE.

Après l'examen des personnes *alieni juris*, c'est-à-dire soumises à l'une ou à l'autre des quatre puissances, vient dans les Institutes l'étude, non pas d'une nouvelle division, comme le dit à tort Justinien (1), mais d'une subdivision des personnes *sui juris*. Car elles se partagent en trois classes, *quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur*. Quant aux personnes *sui juris* qui ne sont ni en tutelle ni en curatelle, elles relèvent du droit commun. C'est donc aux personnes *sui juris in tutela vel in curatione* que vont s'attacher nos explications (*Inst.*, L. I, t. XIII, *De tutelis*, pr.).

La tutelle et la curatelle sont étroitement liées l'une à l'autre; elles rentrent dans le *jus civile* et font partie du *status familiæ;* en d'autres termes, elles ont éminemment le caractère d'un rapport de famille. Envisagées de haut, elles constituent des moyens de direction ou des mesures de surveillance à l'égard d'individus maîtres de leurs droits, mais incapables, c'est-à-dire empêchés par l'âge, le sexe, ou d'autres causes, de les exercer convenablement. Leurs analogies réciproques frappent les yeux. En effet, ni la tu-

(1) *Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum* (*Inst.*, L. I, t. XIII, *De tutelis*, pr.).

telle ni la curatelle ne sont jamais des puissances, au sens romain du mot; de là cette conséquence, qu'elles ne portent que sur des personnes *sui juris*, et peuvent appartenir à des personnes *alieni juris*. De plus, remarque étrange à première vue, mais facilement explicable pour qui pénètre l'esprit originaire du droit de famille, la tutelle et la curatelle romaines furent d'abord organisées dans l'intérêt du tuteur ou curateur. Ce ne fut que progressivement, et dans le cours des siècles, que cette vieille conception fit place à l'idée plus moderne d'une charge publique établie dans l'intérêt de l'incapable lui-même.

Mais à côté de ces ressemblances, la tutelle et la curatelle montrent une différence grave. C'est que la tutelle suppose une incapacité naturelle et générale, une personnalité imparfaite par le sexe ou par l'âge; la curatelle, au contraire, ne suppose qu'une incapacité accidentelle ou spéciale dérivant de certaines causes temporaires telles que la folie, la prodigalité, la maladie, la minorité de vingt-cinq ans, etc. On exprime cette vérité par l'adage *tutor personæ, curator rei datur*, et l'influence en est décisive sur la mission pratique du tuteur ou du curateur.

Les Institutes nous donnent une définition célèbre de la tutelle : *Tutela est vis ac potestas, in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit, jure civile dàta ac permissa* (L. 1, D., *De tutelis*, 26-1. — *Inst.*, L. I, t. XIII, *De tutelis*, § 1).

Les mots *vis ac potestas* ne font pas allusion, comme on l'a dit, à deux pouvoirs distincts, à deux fonctions du tuteur; il n'y faut voir qu'un pléonasme, une redondance qui se trouve ailleurs dans les textes du droit romain (L. 17, D., *De legibus*, 1-3. — *Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3) (1).

En plaçant la tutelle *in capite libero*, Justinien parle-t-il du tuteur ou du pupille? La question paraît oiseuse au point de vue juridique; car il est certain que le tuteur doit être libre et citoyen, et que le pupille doit être *sui juris;* or, l'une ou l'autre de ces vérités incontestables ressort de l'une ou de l'autre explication.

Quant à la raison d'être de la tutelle, si notre texte ne le trouve que dans l'âge, c'est qu'au temps de Justinien la *tutela propter sexum* avait disparu; mais la jurisprudence classique y soumettait

(1) On a prétendu que *vis* désignait les fonctions du tuteur sur la personne tandis que le mot *potestas* se référait à ses fonctions quant aux biens.

l'impubère jusqu'à sa puberté, la femme *sui juris* jusqu'à sa mort ou sa chute *in potestatem vel in manum.*

En disant enfin que la tutelle est *jure civili data ac permissa*, Justinien n'entend pas contester la convenance naturelle de cette institution, du moins à l'égard de l'impubère. Elle est seulement de droit civil par opposition au droit prétorien, puisqu'elle a sa source dans les lois, les sénatusconsultes et la coutume; elle est aussi de droit civil par opposition au droit des gens, puisqu'elle exige la qualité de citoyen tout à la fois dans le tuteur qui l'exerce et dans l'incapable qui la subit (1) (*Gaius*, I, 189).

Cette définition de la tutelle, si ce n'est en quelques points qui se révéleront d'eux-mêmes, n'a rien d'inapplicable à la curatelle; dans la théorie et la pratique romaines, tuteurs et curateurs sont frères, *in paucissimis distant curatores à tutoribus* (L. 13, pr., D., *De excusationibus*, 27-1).

CHAPITRE X.

TUTELLE DES IMPUBÈRES.

(*Inst.*, L. I, t. XIII à XXII.)

La délation de la tutelle, la mission qu'elle donne, la manière dont elle prend fin, voilà trois grandes questions à résoudre.

PREMIERE SECTION.

DÉSIGNATION DU TUTEUR.

(*Inst.*, L. I, t. XIII à XX.)

Le choix du tuteur peut émaner d'un testateur, de la loi ou du magistrat; on distingue donc, en suivant une classification qui, sans être la seule, semble prépondérante, trois espèces de tutelle : *testamentaire, légitime, Atilienne;* les deux premières sont les plus anciennes. En principe, elles se défèrent dans l'ordre où nous les avons citées; mais on verra que cette règle n'est point absolue (*Gaius*, I, 188. — Conf., C. C., art. 390, 397, 405).

(1) Par exception cependant, un Latin Junien pouvait, soit être investi de la tutelle, soit y être soumis (*Gaius*, I, 167. — F. V., § 193).

§ I.

Tutelle testamentaire.

La tutelle testamentaire peut être qualifiée de parfaite ou d'imparfaite, selon qu'elle se passe ou qu'elle a besoin d'une intervention de l'autorité publique.

Tutelle testamentaire parfaite. — L'idée fondamentale, d'où sortiront toutes les conséquences de détail, c'est que cette tutelle est un acte de puissance paternelle dans le fond, et dans la forme un acte testamentaire.

1° *C'est un acte de puissance paternelle dans le fond.* Qui peut donc nommer un tuteur par testament? Seul est investi de ce droit le *paterfamilias;* en sont exclus les femmes, l'homme sans enfants, et celui qui n'aurait que des enfants *per feminas* ou nés *ex concubinatu* (*Inst.*, L. I, t. XIII, *De tutelis*, § 3).

A qui le père de famille peut-il donner un tel tuteur? A ceux-là seulement qui ont droit de lui succéder *ab intestat* en qualité d'héritiers siens, c'est-à-dire aux enfants ou descendants, de son sang ou adoptifs, que son décès rend *sui juris*, ou rendrait tels s'ils étaient déjà nés au lieu de n'être que conçus. Lorsque le testateur en laisse plusieurs dans ces conditions, il a pu nommer à tous les mêmes tuteurs, ou leur attribuer des tuteurs distincts, ou bien en nommer aux uns et point aux autres; sa volonté s'interprète d'après les circonstances ou d'après ses expressions. Enfin le tuteur est valablement donné par le père à ceux même de ses enfants qu'il exhérède; il faut en conclure que son droit de nommer un tuteur ne dérive pas de son droit de disposition sur ses biens (*Inst.*, L. I, t. XIII, *De tutelis*, §§ 3-4. — L. I, t. XIV, *Qui testamento tutores dari possunt*, § 5. — L. 4, D., *De test. tut.*, 26-2).

2° *C'est un acte testamentaire dans la forme.* Le choix du père ne peut donc porter que sur un tuteur qui ait avec lui la *factio testamenti*, c'est-à-dire la capacité d'être institué héritier dans son testament; toute autre désignation serait nulle (1). On verra plus loin quelles personnes jouissent ou non de la *testamenti factio*. Notons seulement qu'en vertu de cette règle, les Latins Juniens et certains

(1) *Testamento tutores hi dari possunt cum quibus testamenti factio est* (L. 21, D., *De test. tut.*, 26-2).

êtres purement juridiques seraient aptes à la tutelle testamentaire, et qu'on les en a néanmoins écartés; il en est de même des femmes que leur sexe écarte des *munera virilia*. Quant aux fous, interdits, mineurs de vingt-cinq ans, captifs, ils sont régulièrement nommés sauf à n'entrer en fonctions qu'après la cessation de l'obstacle; telle est du moins la pure doctrine romaine (*Inst.*, L. I, t. XIV, *Qui test. tutores*, § 2).

Par application de ce principe, la tutelle est accessible au fils de famille; elle l'est même à l'esclave, pourvu qu'il devienne libre et citoyen; de là naît une distinction. Le père de famille qui donne la tutelle à son esclave, *servus proprius*, doit lui laisser expressément la liberté dans le droit classique; sous Justinien, l'intention d'affranchir résulte, en général, de la nomination à la tutelle; mais le moindre doute sur ce point essentiel entraînerait la nullité, notamment si l'esclave était appelé à la tutelle par un maître qui le croyait libre, ou sous la condition *quum liber erit*. Au contraire, cette même condition doit être formellement exprimée, lorsqu'on veut choisir pour tuteur un *servus alienus;* autrement la désignation serait annulée par Justinien, plus sévère que les jurisconsultes, dont l'indulgence voyait dans ce cas un fidéicommis de liberté (L. 10, § 4, D., *De test. tutelâ*, 26-2. — *Inst.*, L. I, t. XIV, *Qui test. tutores*, §§ 1, 2. — L. 10, C., *De fideic. libert.*, 7-4).

La *datio tutoris*, partie intégrante du testament, ou depuis Auguste d'un codicille confirmé par testament, subit le principe que toutes les dispositions testamentaires sont liées au sort de l'institution d'héritier. Dès lors elle tombe, si le testament est frappé d'une des causes d'inefficacité qui le rendent *injustum*, *ruptum*, *irritum*, *destitutum*, *inofficiosum*, d'après les règles qu'il faudra développer ailleurs.

Du reste, quoique confondue dans l'ensemble du testament, la nomination du tuteur a des formes spéciales; elle doit se faire : 1° pour l'ensemble de la tutelle, non pour certains actes seulement, *personæ, non causæ vel rei datur;* 2° sans laisser de doute sur l'individualité du tuteur, *nominatim;* 3° dans la forme impérative du legs *per vindicationem* (*Gaius*, I, 149. — *Ulpien*, R., t. XI, § 14. — *Inst.*, L. I, t. XIV, *Qui testamento tutores*, § 4).

La *datio tutoris* est, en effet, comparable à un legs. Elle s'en rapproche par ce caractère, qu'elle supporte toutes les modalités suspensives ou résolutoires (terme ou condition), contrairement aux

deux autres espèces de tutelle, qui sont de leur nature pures et simples. Elle s'en éloigne par ce fait que le legs est un retranchement de l'hérédité, *delibatio hereditatis;* aussi l'héritier institué ne peut-il être légataire, tandis qu'il peut être tuteur testamentaire; de plus, la *datio tutoris*, à la différence du legs, a toujours pu précéder valablement l'institution d'héritier dans le texte du testament (*Inst.*, L. I, t. XIV, *Qui test. tut.*, § 3; L. II, t. XX, *De legatis*, § 34).

Tutelle testamentaire imparfaite. — La nomination de tuteur, faite en dehors de ces règles, était nulle à l'origine. On en vint pourtant à comprendre que la garantie du choix était plutôt dans l'affection de son auteur que dans la puissance paternelle et dans la forme de l'acte. De là trois hypothèses principales de tutelle testamentaire plus ou moins imparfaite.

1° Le magistrat confirme sans enquête, *sine inquisitione*, le tuteur irrégulièrement nommé par le père légitime; la nomination émanée du père naturel est confirmée sans enquête ou sur enquête, selon qu'il a laissé quelque chose ou n'a rien laissé à l'enfant (L. 1, § 2; L. 7; L. 8; D., *De confir. tutore*, 26-3. — *Inst.*, L. I, t. VIII, XIII, *De tutelis*, § 5).

2° Le choix de la mère n'est confirmé qu'en supposant l'enfant institué par elle, et toujours sur enquête (L. 4, D., *De test. tut.*, 26-2);

3° La nomination faite par un étranger est confirmée sur enquête, *cum inquisitione*, pourvu que le testateur ait institué l'impubère (L. 4, D., *De confir. tutore*, 26-3) (1).

Dans tous ces cas, la tutelle bien que confirmée par le magistrat n'en reste pas moins une tutelle testamentaire, par son caractère et par ses effets.

§ II.

Tutelle légitime.

Il y a tutelle légitime lorsqu'à défaut d'une disposition testamentaire sur ce point, la loi désigne elle-même un tuteur à l'impubère. Plus spécialement, *per eminentiam*, est légitime la tutelle qui dé-

(1) Il est vraisemblable que le tuteur ainsi nommé à l'impubère *sui juris* se bornait à gérer les biens laissés au pupille par le testateur et que le tuteur existant au décès du testateur restait en fonctions.

rive des Douze-Tables, directement (*propalàm*) comme celle des agnats, ou indirectement (*per consequentiam*) comme celle des patrons (*Ulpien*, R., t. XI, § 3).

Le principe fondamental de la tutelle légitime, c'est qu'elle suppose la vocation du tuteur à la succession légitime du pupille; en d'autres termes, elle se défère ordinairement aux héritiers présomtifs de l'impubère. Ce principe est juste, puisqu'il impose la charge à qui peut avoir le bénéfice, *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet ;* de plus, il est habile, puisque l'intérêt commun du pupille et du tuteur fait espérer une bonne gestion (*Inst.*, L. I, t. XVII, *De legit. patr. tut.*, pr.).

On distingue trois variétés de tutelle légitime : la tutelle des agnats, celle du patron, celle de l'émancipateur.

Tutelle légitime des agnats. — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut être un ingénu sorti de puissance paternelle sans émancipation.* Dans ce cas il a conservé ses agnats, et la tutelle leur est déférée, d'après la proximité du degré. Elle appartient donc au plus proche, et s'il y en a plusieurs de même rang, ils la recueillent tous ensemble (*Inst.*, L. I, t. XVI, *De capitis deminutione*, § 7).

La tutelle une fois ouverte en faveur d'un degré d'agnation, comment s'en opère la dévolution aux degrés subséquents? Le nœud de la réponse est toujours dans la vocation héréditaire; par exemple, si l'agnat déjà tuteur tombe en captivité, fait agréer une excuse, ou se voit destitué, il reste l'héritier présomptif du pupille; la tutelle ne sera donc pas dévolue aux agnats ultérieurs. Mais s'il meurt ou perd l'agnation par *capitis deminutio*, la tutelle passe avec l'espoir de la succession à ceux qui le suivent (L. 1, § 2; L. 3, §§ 8, 9, D., *De legitimis tutoribus*, 26-4).

Cependant on voit cesser quelquefois la corrélation entre la charge de la tutelle et le droit à l'hérédité; ainsi quand une femme se trouve au plus proche degré d'agnation, elle est héritière présomtive; mais son sexe l'écarte de la tutelle, qui n'appartient alors qu'aux agnats mâles du même rang ou postérieurs. Dans le droit de Justinien, il faut sans doute en dire autant du mineur de vingt-cinq ans (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excus. tut. vel curat.*, § 13. — L. 1, § 1, D., *De legitimis tutoribus*, 26-4).

A défaut d'agnats, on admet généralement que la loi des Douze Tables déférait la tutelle aux *gentiles*, dont il sera traité sur la matière des successions légitimes. En effet, ils avaient la vocation hé-

réditaire, et pouvaient sans contredit exercer la curatelle des fous (*Gaius*, III, 17. — *Coll. leg. Mosaic.*, t. XVI, ch. IV, §§ 1, 2).

Postérieurement aux Institutes, Justinien établit un nouveau système successoral, fondé sur la parenté naturelle et plus conforme à nos idées modernes; il remplace la succession des agnats par la succession des cognats, et par suite la tutelle des agnats par la tutelle des cognats. C'est encore l'héritier présomptif de l'impubère qui devient son tuteur; cependant, pour l'hypothèse où l'impubère a son père, sa mère, et des frères ou sœurs germains ou descendants d'eux au premier degré, tous conjointement appelés à sa succession légitime, des auteurs enseignent, non sans quelque vraisemblance, que la tutelle appartient par préférence au père, et subsidiairement à la mère. Cette doctrine ne s'impose pas; mais il est au moins certain que Justinien a levé l'interdiction d'exercer la tutelle pour la mère et l'aïeule, qui ont la faculté de l'accepter, à la double condition qu'elles ne se remarieront pas et qu'elles renonceront au bénéfice du sénatusconsulte Velléien (Nov. 118, ch. 5. — Conf., C. C., art. 390-396; 402-405).

Tutelle légitime du patron ou de ses descendants. — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut être un affranchi.* Il n'a ni père ni d'autre famille que celle dont il sera le fondateur et le chef; on ne conçoit donc à son égard ni la tutelle testamentaire, ni la tutelle des agnats. Par qui la remplace-t-on? On doit distinguer entre les déditices, les Latins Juniens et les affranchis citoyens.

Déditices. — Les textes ne disent rien de la tutelle des affranchis déditices; mais les principes ne permettent point de leur appliquer une véritable tutelle, puisqu'on les assimile à des pérégrins *sine civitate* et que la tutelle appartient au *jus civile*. Peut-être le magistrat est-il appelé à régler en fait leur situation; il est d'ailleurs malaisé de comprendre qu'un esclave impubère ait pu subir une flétrissure pénale qui le condamne à rester déditice après sa mise en liberté.

Latins Juniens. — Au sujet du Latin Junien, faisons une distinction : doit-il sa *latinitas* à l'affranchissement émané du maître qui n'a sur lui que l'*in bonis?* la tutelle est le lot du maître quiritaire ou de ses descendants, quoique non appelés à recueillir les biens de l'affranchi. La *latinitas* vient-elle de toute autre cause? la tutelle appartient, soit au *manumissor*, soit à ses héritiers, descendants ou autres. On sait, en effet, que les biens du Latin Junien

ne forment pas une vraie succession, mais retournent comme pécule au patrimoine du patron, en quelques mains qu'il soit; on peut dire ici *ubi peculium, ibi onus* (*Gaius*, I, 167; III, 56 et s.)

Affranchis citoyens. — Pour les affranchis citoyens, dont la classe est seule connue au temps de Justinien comme au temps des Douze-Tables, on applique par analogie la grande règle, posée pour les agnats, de la corrélation entre la tutelle et la vocation héréditaire. La tutelle légitime est donc attribuée, soit au patron lui-même après un affranchissement entre-vifs, soit à ses descendants après un affranchissement testamentaire. S'il y a plusieurs patrons ou plusieurs enfants d'un patron, la tutelle leur est commune; mais la mort ou l'incapacité de l'un d'entre eux ne fait pas monter ses descendants à sa place, parce qu'ils n'acquièrent encore aucun droit sur la succession de l'affranchi. Le patron, en excluant ses enfants de sa propre succession, ne leur enlève ni l'hérédité ni partant la tutelle de l'affranchi (*Gaius*, III, 58. — L. 3, §§ 5, 7, 8, D., *De legitimis tutoribus*, 26-4).

Par exception, la patronne ne devient pas la tutrice de son affranchi, bien qu'elle ait le droit de lui succéder (*Inst.*, L. I, t. XVII, *De legit. patr. tut.* pr., *in fine.*)

Tutelle de l'émancipateur. — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut enfin être un ingénu sorti de la puissance paternelle par émancipation.*

Dans l'ancien droit, la conséquence des formes de l'émancipation était bizarre et fâcheuse. Car l'émancipé tombait sous la tutelle de l'acquéreur du *mancipium* devenu son patron par la manumission, à moins que le père n'eût exigé sa remancipation pour l'affranchir lui-même et se réserver les droits de patronat. Après le *manumissor*, la tutelle passait à ses enfants. Ces divers tuteurs étaient appelés fiduciaires, à raison de la *fiducia de emancipando* ou *de remancipando* qui intervenait dans la cérémonie de l'émancipation; seul le père avait reçu *honoris causâ* le titre de tuteur légitime (*Gaius*, I, 172).

Dans la législation de Justinien, l'émancipation est plus simple, et la tutelle appartient d'abord au père émancipateur, ensuite à ses enfants. Seulement l'empereur a conservé la différence des appellations; l'ascendant est tuteur légitime; les descendants ne sont que tuteurs fiduciaires, inférieurs sur ce point aux fils du patron, qui recueilleraient sa tutelle légitime. Les Institutes expliquent

cette dissemblance en faisant remarquer que les fils du patron ont droit comme leur père à la succession de l'affranchi, tandis que les descendants de l'émancipateur sont devenus *jure civili*, par l'émancipation, étrangers à la famille et à la succession de l'émancipé (1) (*Inst.*, L. I, t. XVIII, *De leg. parent. tut.*; L. I, t. XIX, *De fiduciaria tutela*).

§ III.

Tutelle déférée par le magistrat.

La tutelle déférée par le magistrat est aujourd'hui ordinairement qualifiée de tutelle dative. Mais cette dénomination avait d'habitude un autre sens pour les Romains; le *tutor dativus* était chez eux le tuteur testamentaire, et le tuteur que nous rencontrons maintenant s'appelait *Atilianus* à Rome, *Julio-Titianus* en province (*Gaius*, I, 154, 185. — *Ulpien*, R., t. XI, §§ 14, 18).

Cas d'application. — Il semble, au premier abord, que la tutelle déférée par le magistrat doive supposer le défaut absolu de tuteur testamentaire ou légitime, soit qu'il n'y en ait jamais eu, soit qu'il n'y en ait plus. C'est là, sans doute, l'application la plus fréquente de cette tutelle, et peut-être la seule qu'aient formellement prévue les lois. Mais il faut considérer que la tutelle légitime, attribuée sans examen de l'aptitude individuelle du tuteur n'a pas toujours inspiré ni mérité grande confiance. Les Douze-Tables ellesmêmes lui préféraient la tutelle testamentaire, et la jurisprudence en vint à l'enfermer dans un cercle de plus en plus étroit. De là deux règles : 1° s'il n'y a pas de tuteur testamentaire, et qu'on n'en puisse espérer aucun, la tutelle légitime primera la tutelle Atilienne; c'est ce qui arrive quand le père de famille n'a pas testé, ou qu'il n'a pas nommé de tuteur dans son testament, ou que le tuteur a perdu la tutelle avant la puberté du pupille, pour cause de mort, d'incapacité, d'échéance d'une modalité résolutoire, etc.; 2° quand il n'y a pas actuellement de tuteur testamentaire, mais

(1) C'est une question assez difficile à résoudre que celle de savoir si le nouveau système successoral établi par la Novelle 118 n'a pas eu pour conséquence d'abroger toutes les règles particulières sur la tutelle légitime du père émancipateur et sur la tutelle fiduciaire de ses descendants; l'opinion qui paraît la plus vraisemblable est celle qui se prononce pour la non abrogation de ces règles et pour le maintien des titres XVIII et XIX du L. I des Institutes.

qu'on peut en espérer un, la tutelle légitime est écartée et remplacée par la tutelle Atilienne ; c'est ce qui arrive quand la tutelle testamentaire dépend d'une modalité suspensive encore inaccomplie, ou que le tuteur est fou, captif, et, depuis Justinien, mineur de vingt-cinq ans. Le Sénat alla même jusqu'à sacrifier la tutelle légitime à la tutelle déférée par le magistrat, dans le cas d'excuse définitive et de destitution du tuteur testamentaire (*Gaius*, I, 182; *Inst.*, L. I, t. XX, *De Atiliano tutore*, §§ 1, 2) (1).

Les amis et parents de l'impubère eurent de bonne heure le droit d'appeler l'attention des magistrats sur le besoin qu'il pouvait avoir d'un tuteur. On en fit plus tard un devoir pour la mère de l'enfant, pour les affranchis de son père, et finalement pour toute personne appelée à sa succession, sous peine d'exclusion de cette hérédité (L. 2, D., *Qui petant tutores*, 26-6. — L. 10, C., *De legitimis heredibus*, 6-58).

Magistrats investis de la tutoris datio. — La faculté de nommer un tuteur, *datio tutoris*, ne rentre ni dans la *jurisdictio* ni dans l'*imperium*, et n'appartient qu'aux magistrats qui l'ont formellement reçue d'un texte législatif (L. 6, § 2, D., *De tutelis*, 26-1).

Sous la République, cette tutelle fut organisée pour la première fois, à Rome, par une très ancienne loi Atilia; elle confiait la désignation du tuteur à la majorité des tribuns réunis sous la présidence du préteur urbain; on en place la date entre l'année 387, qui vit la création du *prætor urbanus*, et l'an 557, qui présente, au dire de Tite-Live, un exemple d'une tutelle ainsi déférée. Il devint plus tard nécessaire d'organiser cette même tutelle dans les provinces; ce fut l'œuvre d'une loi Julia Titia, rendue probablement en l'année 723, sous le consulat d'Octave, et qui attribua la nomination aux présidents ou gouverneurs (Tite-Live, XXXIX, 9. — *Inst.*, L. I, t. XX, *De Atiliano tutore*, pr.).

Les empereurs modifièrent ce système. A Rome, la *datio tutoris* fut transférée par Claude aux consuls, et par Marc-Aurèle à un préteur spécial qu'il institua sous le nom de *prætor tutelaris;* mais, depuis une époque assez indécise, et qui pourrait bien remonter jusqu'à Auguste, le premier des magistrats de la capitale, le préfet de la ville, *præfectus urbi*, assisté de dix sénateurs et du *prætor*

(1) On recourait encore à un tuteur Atilien dans tous les cas où il était nécessaire de nommer un tuteur spécial pour une affaire déterminée, *tutor certæ causæ* (*Inst.*, L. I, t. XXI, *De auct. tut.*, § 3).

tutelaris, intervenait exceptionnellement et choisissait le tuteur pour certains impubères de haute classe, les enfants des *illustres* et des *clarissimi*. Dans les provinces, l'attribution de la loi Julia Titia ne fut pas enlevée aux présidents. Seulement, dans ces ressorts désormais immenses, leur compétence ne pouvait plus rester exclusive. Aussi, dès le troisième siècle de notre ère, les magistrats municipaux qui n'avaient auparavant d'autre mission que de proposer des choix au magistrat supérieur, *jus nominandi tutorem*, furent-ils investis d'un vrai droit de nomination, *jus dandi tutorem*; mais il se restreignait aux pupilles de fortune nulle ou très médiocre, et ne s'exerçait que sur l'ordre du gouverneur (*Inst.*, L. I, t. XX, *De Atil. tut.*, § 4.— L. 3, D., *De tutoribus*, 26-5).

Justinien complète cette théorie. Il conserve à Rome, et par Rome il entend aussi Constantinople, *utraque Roma*, le double pouvoir du préfet de la ville et du préteur, *secundum suam jurisdictionem*, c'est-à-dire selon la distinction précitée. Ailleurs les magistrats municipaux, *defensores civitatum*, nomment le tuteur, spontanément et sans l'ordre du président, aux pupilles dont la fortune ne dépasse pas cinq cents *solidi* ou sous d'or (1); le président le nomme aux pupilles plus riches. La désignation du tuteur faite par les magistrats municipaux a lieu sans enquête mais avec *satisdatio*; la nomination qui émane du président de la province se fait au contraire *cum inquisitione*, mais sans *satisdatio* (*Inst.*, L. I, t. XX, *De Atiliano tutore*, § 5. — L. 30, C., *De episcopali audient.*, 1-4).

La *datio tutoris* tient en même temps de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse. A la première elle emprunte deux caractères : c'est qu'on ne saurait la déléguer, et qu'elle peut avoir lieu même les jours fériés. Par deux autres côtés elle ressemble à la juridiction contentieuse; car le magistrat ne nomme valablement un tuteur qu'à son tribunal, et n'est pas admis à se nommer lui-même. Enfin elle ne comporte pas de modalité expresse; mais elle se trouve souvent affectée d'un terme ou d'une condition tacite, par exemple, lorsqu'il est pourvu au remplacement d'un tuteur temporairement empêché (L. 6, § 1, D., *De tutelis*, 26-1; L. 7, § 1, D., *De confir. tutore*, 26-3; L. 4; 8, § 2, D., *De tutoribus*, 26-5).

(1) Le *solide* ou sou d'or valait environ quinze francs de notre monnaie à l'époque de Justinien; 500 solides représentaient donc à peu près 7,500 francs.

DEUXIÈME SECTION.

FONCTIONS DU TUTEUR.

(*Inst.*, L. I, t. XXI.)

Contrairement au tuteur français, le tuteur romain n'a pas le soin de l'éducation physique ou morale du pupille, et ne lui prête pas son domicile légal; ses fonctions ne touchent pas à la personne. C'est le magistrat seul qui, sur l'avis du tuteur et des proches parents, choisit le gardien de l'impubère, en se conformant autant que possible aux dispositions du testament paternel, s'il en existe (L. 1, 3, D., *Ubi pupillus*, 27-2. — L. 1, 2, C., *Ubi pupill.*, 5-49. — Conf., C. C., art. 108, 450, 468).

Le rôle du tuteur, ses obligations, ses pouvoirs se réfèrent donc exclusivement au patrimoine du pupille. Il est vrai qu'on l'a vu intervenir dans l'adrogation de l'enfant; mais cet acte intéresse autant les biens que la personne. En principe, la mission du tuteur est gratuite; elle commence au jour où sa qualité lui est connue, et s'il propose une excuse, au jour du rejet définitif de la demande (L. 1, § 1, D., *De admin. et peric. tut.*, 26-7).

§ I.

Objet et étendue des fonctions du tuteur.

Les fonctions du tuteur se ramènent à deux obligations générales, qui engendrent et délimitent ses pouvoirs. Il doit, autant que possible, conserver et augmenter les biens du pupille.

Obligation de conserver. — Du devoir de maintenir intacte la fortune de l'impubère, les textes et le raisonnement déduisent diverses conséquences de détail; en voici les principaux exemples.

1° Sont absolument interdits au tuteur les actes qui diminueraient sans compensation le patrimoine de l'enfant; tels sont les affranchissements et les donations. Cependant, le tuteur peut effectuer les affranchissements dans les cas exceptionnellement permis par la loi Ælia Sentia; il peut aussi faire les donations qui rentrent dans la

catégorie des présents d'usage, des dons rémunératoires ou des donations alimentaires en faveur de certains parents du pupille. Quant aux actes juridiques dans lesquels il est impossible de savoir *à priori* s'il y a ou non avantage pour le pupille, comme la *transaction*, le *compromis* ou l'*acquiescement*, ce seront les circonstances qui, en déterminant l'utilité ou le désavantage de ces actes, en détermineront par cela même la validité ou la nullité (L. 22; L. 46, § 7, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7).

2° Un sénatusconsulte, rendu sous Septime Sévère, en l'an 295 de notre ère, défendit aux tuteurs d'aliéner à titre onéreux les fonds de terre du pupille, situés à la campagne ou près des villes, *prædia rustica vel suburbana*. Cette règle étendue par Constantin aux *prædia urbana*, ainsi qu'à certains meubles précieux dont il donna l'énumération, fut généralisée par Justinien qui l'appliqua aux choses incorporelles et créances du pupille. Les jurisconsultes y faisaient sagement rentrer les aliénations indirectes ou partielles, par constitution de gage, hypothèque, servitude, etc. Mais le principe fléchissait de plein droit au cas d'aliénation forcée; d'autres fois le magistrat pouvait par un décret, après avis de la famille, autoriser la vente sur la considération d'une nécessité urgente ou d'un avantage évident (L. 1, D., *De rebus eorum*, 27-9. — L. 22, 28, C., *De adm. et peric. tut.*, 5-37).

Enfin, ne furent jamais interdites les aliénations qui constituent plutôt un acte d'administration que de disposition, c'est-à-dire qui portent sur des objets susceptibles de dépérir, comme les meubles improductifs, les esclaves des villes, etc. Le tuteur avait même le devoir d'y procéder et répondait d'un retard dans la vente (L. 5, § 9, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7).

3° Le tuteur est tenu de payer les dettes du pupille, certaines et exigibles; quand il se trouve personnellement créancier pour une cause étrangère à la tutelle, il doit se payer lui-même, et, dans l'hypothèse d'intérêts onéreux, il est réputé l'avoir fait. A l'inverse, le tuteur a l'obligation de recouvrer les créances du pupille, sous peine de répondre des insolvabilités survenues après les échéances; quand il se trouve débiteur, il est censé verser le paiement entre ses mains, ce qui transforme pour l'avenir en dette de tutelle la somme due à tout autre titre (L. 9, §§ 1, 4; L. 15, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7).

4° La dépense ordinaire du pupille, ses frais d'entretien, *alimenta*, et d'éducation, *disciplina*, doivent, autant que possible, rester infé-

rieurs à ses revenus. Dans l'usage, c'est le préteur ou le président de province qui en fixe approximativement le chiffre, et le tuteur doit remettre les sommes ainsi déterminées à la personne chargée de la garde du pupille. Mais son avis est indispensable au magistrat; si donc il ne se présente pas pour donner les renseignements nécessaires, et que son absence soit frauduleuse, le pupille est envoyé en possession du patrimoine du tuteur, avec un curateur chargé de vendre les biens qui dépériraient. S'il déclare mensongèrement que le pupille n'a rien, on le renvoie au préfet de la ville pour subir une peine que nous ignorons, et, de plus, il payera l'intérêt légal des sommes qu'il voulait dissimuler (*Inst.*, L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, §§ 9, 10.— L. 7, § 8, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7)(1).

Obligation d'augmenter. — Le tuteur a mission d'augmenter, si c'est possible, la fortune du pupille : de là dérivent plusieurs conséquences pratiques.

1° Il doit donc faire tous les actes d'administration qui tendent à rendre les biens productifs, notamment faire les réparations nécessaires ou utiles, s'occuper de leur culture ou les donner à bail, suivant leur destination.

2° Il est chargé de veiller à l'acceptation des successions avantageuses, des legs, des donations entre-vifs ou *mortis causâ*, ainsi qu'à l'exécution des *modi* ou conditions qui peuvent y être apposés (L. 21, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7).

3° Il n'a pas le droit de retenir inutiles entre ses mains les sommes par lui touchées, argent comptant à son entrée en fonctions, prix des biens vendus, créances réalisées, libéralités recueillies, excédant de revenus. Son obligation est de les déposer en lieu sûr et d'en faire emploi, dès qu'elles atteignent un chiffre fixé par le magistrat; autrement il en devrait lui-même l'intérêt. Le délai de placement est de six mois pour les valeurs touchées au début de la tutelle, et deux mois pour les autres (L. 5, pr.; L. 7; L. 15, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7. — Conf., C. C., art. 455, 456, 1065, 1066).

C'est dans les limites marquées par cette double obligation de conserver et d'augmenter les biens de l'impubère que s'exercent les pouvoirs du tuteur. En principe, tout ce qu'il fait au delà de ces

(1) Si l'absence du tuteur n'est pas frauduleuse, le préteur se bornera à nommer un curateur spécial chargé d'administrer les biens du pupille (L. 6, D., *Ubi pup. ed. deb.*, 27-2).

bornes est nul et ne saurait lier le pupille (L. 22, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7).

§ II.

Mode d'exercice des fonctions du tuteur.

Pour remplir ses fonctions, le tuteur peut se servir de deux procédés essentiellement différents; il peut en effet ou agir lui-même ou faire agir le pupille; dans le premier cas, il procède par voie de *tutelæ gestio;* dans le second, il agit par voie *d'auctoritas* (*Ulpien*, R., t. XI, § 25). Nous touchons ici au côté le plus original de la tutelle romaine qui se sépare profondément à ce point de vue de la tutelle française dans laquelle on voit toujours le tuteur intervenir en personne, pour le compte du mineur (Cf. C. C., art. 450).

Tutelæ gestio. — La *tutelæ gestio* est la conclusion d'un acte juridique par le tuteur pour le compte du pupille; c'est le tuteur qui est alors partie, qui est l'un des auteurs du fait, et le pupille y reste complètement étranger.

Or l'un des plus célèbres principes du pur droit romain, c'est d'exclure la représentation, c'est-à-dire de n'admettre pas que ce qui est fait par une personne soit jamais réputé fait par une autre. Toutes les conséquences actives ou passives de l'acte de gestion du tuteur s'arrètent donc sur sa tête; lui seul, par exemple, est créancier s'il a stipulé, débiteur s'il a promis, investi ou passible de l'action en justice; lui seul devient propriétaire s'il a figuré à la mancipation ou à *l'in jure cessio;* le tiers contractant ne connaît que le tuteur et n'a rien à voir avec le pupille. Sans doute, il faudra bien que l'affaire rejaillisse, en définitive, sur le patrimoine de l'enfant, puisqu'on l'a réalisée pour son compte; mais ce transport sera l'objet d'une série ultérieure d'opérations, qui interviendront à la fin de la tutelle entre le tuteur et le pupille.

Ce système si différent de notre loi moderne, qui répute fait par le pupille tout acte régulier du tuteur, offrait de sérieux inconvénients. D'abord, il y avait complication dans ce double déplacement de droits et de fonds; ensuite le tuteur et le pupille couraient les dangers réciproques de l'insolvabilité de l'un ou de l'autre. Aussi le tuteur romain, curieuse remarque, ne semble-t-il pas avoir toujours été contraint de procéder par la *tutelæ gestio*. Son refus d'administrer ne lui faisait encourir à l'origine aucune responsabilité;

cette grave lacune subsista peut-être jusqu'à la disparition de la loi Atilia (*Inst.*, L. I, t. XX, *De Atiliano tutore*, § 3, L. 1, pr., D., *De contr. tutel.*, 27-4).

Vers la fin du deuxième siècle de notre ère, la vieille théorie s'améliora sensiblement. On admit qu'une fois le pupille arrivé à la puberté, c'est à lui-même ou contre lui-même que seraient données *utiliter* toutes les actions provenues d'opérations régulières en la forme et faites de bonne foi par le tuteur. Le tuteur se trouve dès lors complètement dessaisi, il ne peut plus ni poursuivre les tiers ni être poursuivi par eux. Si l'opération est entachée de dol, le tuteur reste tenu pour le tout, même après la tutelle, et le pupille ne peut être poursuivi que dans la mesure de son enrichissement (L. 2, 3, 5, 7, 8, D., *Quando ex facto tutoris*, 26-9).

On peut donc, en résumé, poser la règle que le tuteur romain ne représente pas le pupille au moment du fait de gestion, mais que le droit nouveau le considère, après la tutelle, comme l'ayant représenté.

Auctoritas (1). — L'*auctoritas* est l'acte du tuteur qui complète la personnalité imparfaite du pupille, en l'aidant à conclure une opération juridique. Ici le pupille, à la différence du mineur français, figure sur la scène, joue le rôle de partie, consent et remplit les formalités, le tuteur n'intervient que pour achever par son *auctoritas* (*augere*) une capacité insuffisante; tel fut toujours le sens de l'adage *tutor personæ datur*.

L'*auctoritas* est un acte solennel soumis à certaines conditions rigoureuses de fond et de forme; c'est d'abord un acte solennel, c'est-à-dire soumis à des formes spéciales. Elle exigeait sans doute dans les premiers temps l'emploi de paroles sacramentelles, et, si le droit classique et Justinien ne connaissent plus cette rigueur, toujours faut-il qu'elle soit pure et simple, sans terme ni condition, et que le tuteur la fournisse lui-même au moment de l'acte, *præsens in ipso negotio*; donnée par avance, donnée après coup, donnée par lettre ou par messager, elle serait inefficace. L'*auctoritas tutoris* est donc plus qu'une simple autorisation, il ne faut la confondre ni avec le *consensus* que donne le curateur ni avec le *jussus* que donne le père ou le maître (L. 8; L. 9, §§ 5, 6; L. 16, D.,

(1) Ce mot est intraduisible en français; notre mot *autorisation*, qui paraît le plus s'en rapprocher, n'en rend ni le sens ni la portée.

De auctoritate tutoris, 26-8. — *Inst.*, L. I, t. XXI, *De auct. tut.*, § 2).

Quand le pupille agit *tutore auctore*, les conséquences actives et passives de l'acte se réalisent dans sa personne; c'est lui qui devient propriétaire, créancier ou débiteur, qui est investi ou passible de l'action. Sans doute il ne peut pas, dès à présent, l'exercer ou la subir seul; mais son patrimoine en est enrichi ou grevé. De là, la règle *qui auctor est se non obligat;* aussi le tuteur, quoique libre, en principe, de refuser l'*auctoritas*, a-t-il toujours été responsable d'un refus intempestif (L. 17, D., *De auct. tut.*, 26-8).

Du reste, si l'*auctoritas* est fournie par dol, le pupille n'est lié que jusqu'à concurrence de son enrichissement, et le tuteur est tenu pour le surplus (L. 13, § 7, D., *De actionibus empti et vend.*, 19-1).

Application de la tutelæ gestio et de l'auctoritas. — De ces deux fonctions, l'*auctoritas* est la plus essentielle; le tuteur seul peut l'exercer, tandis que la faculté d'administrer ou *tutelæ gestio* lui est commune avec les curateurs. En règle générale, le tuteur a dans chaque hypothèse particulière le choix entre ces deux procédés; aucun ne lui est imposé (L. 1, § 3, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7).

Néanmoins le tuteur doit nécessairement faire intervenir le pupille et *præstare auctoritatem* pour tous les actes personnels, c'est-à-dire de nature à n'être valablement conclus que par la personne intéressée; telles sont les *legis actiones* qu'on rencontrera plus tard, l'*in jure cessio* ou la *manumissio vindictâ*, la mancipation, la stipulation, l'acceptilation, l'adrogation et l'acceptation ou répudiation d'hérédité.

A l'inverse, le tuteur ne peut employer l'*auctoritas*, et la voie de la *tutelæ gestio* lui est seule ouverte, lorsque le pupille se trouve hors d'état de prendre part lui-même à l'acte juridique. Tel est le cas facile à saisir du pupille absent; tel est le cas plus intéressant du pupille encore *infans*. On entend par *infantia* la première enfance, qui va jusqu'à sept ans; cet âge est incontestable pour le dernier état du droit, en vertu d'une constitution rendue par Théodose et Valentinien, l'an 426 de notre ère, et la doctrine actuellement prédominante le considère aussi comme certain pour le droit antérieur. Or, le pupille encore *infans* manque de tout discernement juridique; il n'a pas même le commencement de capacité que devrait achever l'*auctoritas;* la *tutelæ gestio* est donc indispensable dans

cette première période de la tutelle (L. 14, D., *De sponsalitiis*, 23-1; L. 70, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 18, C., *De jure deliberandi.*, 6-30).

Là prend naissance une difficulté. Il pourrait arriver que l'*auctoritas* et la *tutelæ gestio* fussent l'une et l'autre impraticables et que cependant, il fût utile ou même nécessaire d'accomplir l'acte. Voici, par exemple, un acte personnel n'admettant pas la représentation et le pupille est absent ou *infans*. Les principes généraux offraient souvent alors des moyens indirects de suppléer à l'intervention de l'enfant; ainsi le tuteur remplaçait l'*in jure cessio* et la mancipation impossibles par un autre mode d'acquérir, tel que la tradition ou l'usucapion; la stipulation légalement inaccessible à l'*infans*, on chargeait son esclave de la faire, et le résultat était le même. A l'égard de l'adition d'hérédité, on prit des mesures spéciales. La succession laissée à l'*infans* par son *pater* lui appartenait de plein droit, en sa qualité de *suus heres*, sans aucune formalité d'acquisition; son âge ne pouvait donc être une gêne. Mais, quand la succession lui venait d'un autre que du père de famille, son acceptation était nécessaire; pour la réaliser, s'il n'était pas en état d'articuler, on lui faisait briser un objet fragile de l'hérédité, acte de maître qui constituait une adition tacite *pro herede gerendo;* s'il était en état d'articuler, on l'admettait à l'adition verbale, *tutore auctore*, par dérogation à la règle que l'*auctoritas* est impossible durant l'*infantia*. Enfin Théodose et Valentinien, dans la constitution déjà signalée, chargèrent tout simplement le tuteur d'accepter l'hérédité au nom et pour le compte du pupille encore *infans* (L. 18, C., *De jure deliberandi*, 6-30).

Il est d'autres cas où l'intérêt personnel du tuteur fait obstacle à l'interposition de l'*auctoritas*. En effet, *tutor in rem suam auctor fieri non potest;* cette maxime souvent mal comprise ne signifie pas que le tuteur ne puisse jamais *præstare auctoritatem* pour des actes qui l'intéressent, puisqu'il lui est formellement permis d'habiliter le pupille à l'adition d'une hérédité dont lui-même, tuteur, se trouve créancier. Mais, dans toute affaire, soit contrat, soit procès, où le tuteur joue individuellement, *vel per subjectas sibi personas*, un rôle opposé à celui du pupille, il ne peut lui fournir son *auctoritas;* autrement il passerait en quelque sorte l'acte avec lui-même. Dans l'ancien droit, le magistrat nommait alors au pupille un tuteur spécial à l'effet de l'autoriser; ce *tutor prætorius* se maintient en quel-

ques hypothèses au temps classique; Justinien lui substitue un curateur (*Inst.*, L. I, t. XXI, *De auctoritate tutoris*, § 3. — *Gaius*, I, 184. — L. I, pr., D., *De auct. tut.*, 26-8).

Capacité du pupille. — Supposons enfin que le pupille agisse seul, sans intervention de *tutelæ gestio* ni d'*auctoritas*. Il est indispensable alors de déterminer exactement sa capacité.

Tout d'abord il faut écarter le pupille *infans ;* absolument incapable, ce qu'il fait seul est et demeure nul (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inutilibus stipul.*, § 10. — *Gaius*, III, 109).

Pour le pupille sorti de l'*infantia*, le droit est clair depuis l'époque classique, et se ramène à deux grandes règles :

Première règle. — Le pupille peut faire seul sa condition meilleure, et ne peut la faire pire qu'avec l'*auctoritas* du tuteur; *placuit meliorem suam conditionem licere eis facere sine tutoris auctoritate, deteriorem verò non aliter quàm tutore auctore* (*Inst.*, L. I, t. XXI, *De auct. tutoris*, pr.). Le tuteur ne doit, au reste, lui fournir son *auctoritas* qu'en vue d'actes avantageux. Ces deux propositions, contradictoires en apparence, se concilient au moyen d'une observation bien simple. Faire sa *condition meilleure*, c'est acquérir, soit un droit réel ou de créance, soit la possession, ou se libérer d'une dette; faire sa *condition pire*, c'est perdre son droit par aliénation ou par extinction, ou s'obliger. Le sens de ces expressions est donc technique, et revient à dire que le pupille majeur de sept ans peut acquérir seul; mais il lui faut pour aliéner ou s'obliger l'*auctoritas* du tuteur, qui ne doit, d'ailleurs, la fournir qu'à bon escient et dans l'intérêt de l'enfant. L'application de cette règle ne souffre aucune difficulté quand il s'agit d'actes simples produisant exclusivement l'un des deux résultats que nous venons d'indiquer. Lorsque l'opération rend uniquement la condition du pupille meilleure, comme une promesse qu'il reçoit, une mancipation gratuite dont il bénéficie, une remise de dette qui lui est accordée, l'acte est incontestablement valable lorsqu'il est accompli *sine tutoris auctoritate*. A l'inverse, lorsque l'opération rend uniquement sa condition pire, comme une promesse, remise de dette ou mancipation gratuite de sa part, l'acte est nul sans conteste, s'il n'a pas été fait *tutore auctore*.

Mais, il y a des faits complexes qui rendent tout ensemble meilleure et pire la condition du pupille; tel est le paiement qui détruit sa créance en lui procurant la chose due ou qui le libère de sa

dette en le privant de ce qu'il livre; tels sont les contrats synallagmatiques, vente, louage, société qui le rendent à la fois créancier et débiteur. Rigoureusement, la logique voudrait que l'acte fût décomposé, tenu pour valable en tant qu'il améliore la condition du pupille, tenu pour nul en tant qu'il l'empire (*Inst.*, L. I, t. XXI, *De auct. tutoris*, pr., *in fine*); un tel résultat eût été inique, aussi faut-il le tempérer par une autre règle que commande l'équité.

Seconde règle. — Le pupille ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Donc, chaque fois qu'il aura fait sa condition pire sans l'*auctoritas* de son tuteur, il n'en sera pas moins passible d'une action jusqu'à concurrence de l'enrichissement que son acte lui aura procuré. Ainsi, reçoit-il paiement de l'un de ses débiteurs *sine tutoris auctoritate,* le débiteur sera libéré, jusqu'à concurrence du profit que le pupille aura retiré de la chose payée. De même, figure-t-il sans *auctoritas* dans un contrat synallagmatique, il sera libre de maintenir le contrat ou de le faire tomber; mais, s'il le maintient, il sera tenu dans la mesure de l'avantage qu'il aura retiré du contrat (L. 5, pr., D., *De auct. tut.*, 26-8. — L. 7, § 1, D., *De rescind. vend.*, 18-5. — Conf., C. C., art. 1241, 1312).

Il faut cependant faire observer que l'adition d'hérédité faite par le pupille n'était pas soumise aux principes ordinaires. D'après nos deux règles, l'adition faite sans *auctoritas* par le pupille lui procurerait l'actif de la succession; quant au passif, c'est-à-dire aux dettes ou legs, il ne le supporterait que dans la mesure de son enrichissement, et s'en trouverait donc exempt pour tout ce qu'il aurait dissipé sans profit. Or une telle conclusion, injuste pour les créanciers héréditaires qui n'ont pas traité avec le pupille, jurerait de plus avec l'indivisibilité du titre d'héritier : on ne saurait être en même temps investi de l'actif, libre du passif, et l'adition reste nécessairement une dans ses effets. On ne pouvait dès lors prendre d'autre parti que de l'interdire absolument au pupille *sine auctoritate.* Il ne fait donc rien de valable en acceptant ou répudiant seul une hérédité, fût-elle bonne; car son âge le met hors d'état de l'apprécier. La décision est écrite aux Institutes, qui ne distinguent pas entre les successions civiles, prétoriennes et fidéicommissaires (*Inst.*, L. I, t. XXI, *De auct. tut.*, § 1. — L. 18, D., *De acq. vel omitt. hered.*, 29-2).

Impubère alieni juris. — Cette série de principes sur les actes du pupille n'est pas applicable à l'impubère en puissance paternelle.

Car il existe entre eux cette différence capitale, que le pupille est doué d'un patrimoine, et qu'en droit pur, le fils de famille n'en a pas; l'intérêt de ses biens réclamait pour le premier une capacité moins nécessaire au second. Aussi l'impubère en puissance, une fois sorti de l'*infantia*, peut-il rendre seul sa condition meilleure et faire des acquisitions qui profiteront à son père; mais il ne peut rendre sa condition pire, même *patre auctore;* la loi romaine ne connaît pas de *patris auctoritas* (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 10).

On n'excepte de cette règle que l'adition d'hérédité; le *pater* d'un impubère institué est admis à lui donner ordre de se porter héritier, dès qu'il peut parler; Théodose et Valentinien autorisent plus tard le père, tout comme le tuteur, à faire adition pour le compte de l'impubère *infans* (L. 8, § 1, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — L. 18, C., *De jure deliberandi*, 6-30).

TROISIÈME SECTION.

FIN DE LA TUTELLE.

(*Inst.*, L. I, t. XXII.)

Parmi les causes qui mettent fin à la tutelle, les unes viennent de la personne du pupille, *ex parte pupilli*, les autres de la personne du tuteur, *ex parte tutoris*. Dans le premier cas, il n'y a plus de tuteur, dans le second cas, le tuteur est simplement remplacé.

§ I.

Modes d'extinction.

La tutelle prend fin *ex parte pupilli* de trois manières : 1° par la mort du pupille; 2° par sa puberté; 3° par toute *capitis deminutio* ou changement qui vient l'atteindre dans son *status familiæ, civitatis* ou *libertatis;* car l'adrogation, en l'introduisant dans une nouvelle famille, le rend *alieni juris,* et la perte, soit de la cité, soit de la liberté, lui enlève toute aptitude à la tutelle. Du reste, la transformation en esclave ou en pérégrin est assez difficile à comprendre et d'application bien rare pour un pupille, que sa jeunesse met gé-

néralement à l'abri de condamnations pénales (*Inst.*, L. I, t. XXII, *Quibus modis tutela finitur*, §§ 1, 3, 4).

La tutelle prend fin *ex parte tutoris* dans cinq hypothèses : 1° par la mort du tuteur; 2° par sa *capitis deminutio maxima* ou *media*, c'est-à-dire sa chute en esclavage ou sa déchéance du droit de cité; anciennement et même encore au temps des Institutes, le changement de famille du tuteur (*capitis deminutio minima*) produisait le même effet extinctif sur la tutelle légitime ou fiduciaire, en détruisant le rapport d'agnation ou de patronat qui lui servait de base; mais, du jour où la législation des Novelles rattacha la tutelle légitime au lien du sang, la *minima capitis deminutio* perdit toute influence en cette matière; 3° par la survenance d'une excuse dans le cours de la tutelle; 4° par l'échéance ou l'accomplissement de la modalité résolutoire que le testateur à pu apposer à la tutelle testamentaire; 5° par la destitution du tuteur, *remotio suspecti tutoris* (*Inst.*, L. I, t. XXII, *Quibus modis tut. finitur*, §§ 2-6).

§ II.

Suites de l'extinction.

Après la tutelle terminée, il faut procéder au règlement des comptes entre le tuteur et le pupille.

Comme la tutelle est dans l'idée romaine un quasi-contrat analogue au mandat, les obligations du tuteur et du pupille correspondent à celles du mandataire et du mandant (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex contr.*, § 2).

Recours du pupille contre le tuteur. — Le tuteur est responsable envers le pupille de tout dommage qu'il lui a causé, soit par une mauvaise *tutelæ gestio* ou par une *auctoritas* donnée à contre-temps; il est également responsable dé son abstention dans les cas où l'impubère en a éprouvé quelque préjudice. La responsabilité du tuteur embrasse non-seulement son dol et sa faute lourde, *culpa lata*, mais encore sa faute légère, *culpa levis*. Cette faute légère, s'apprécie-t-elle *in concreto* ou bien *in abstracto?* En d'autres termes, le tuteur ne devrait-il réparation que des négligences dont il se serait gardé pour ses propres affaires, ou même aussi des omissions qui lui sont habituelles dans la gestion de ses intérêts et qu'eût évitées un administrateur attentif? De ces deux doctrines

qui trouvent un égal appui dans les textes, la seconde a pour elle un air plus frappant de vérité; car elle s'accorde mieux avec la rigidité de ces mœurs romaines qui élevaient la tutelle au premier rang des plus sacrés devoirs, avant l'hospitalité, avant la clientèle, avant la parenté (L. 1, pr., D., *De tutelæ et rationibus*, 27-3. — L. 10; L. 33, D., *De administ. et peric. tut.*, 26-7).

Le résultat pratique de la responsabilité du tuteur, c'est son obligation de rendre compte des biens qu'il a reçus à l'entrée en charge, des acquisitions survenues dans le cours de la tutelle, et généralement de tous ses actes quelconques d'administration. Ce compte a son point de départ dans l'inventaire que le tuteur a dû dresser au début, comme nous le verrons, et les principaux éléments en sont fournis, sans préjudice de tous autres moyens de preuve, par les notes qu'il a dû rédiger au fur et à mesure de sa gestion. En vue de la reddition de compte, le tuteur est tenu de provoquer la nomination d'un curateur à son ancien pupille (L. 5, §§ 5, 7; L. 33, § 1, *De adm. et peric. tut.*, 26-7. — Conf., C. C., art. 469-475).

Ces diverses obligations du tuteur produisent deux actions ouvertes au pupille :

1° *Actio directa tutelæ;* c'est une action civile, perpétuelle et dont la création remonte à l'institution même de la tutelle; elle marque de la note d'infamie le tuteur qui se laisse condamner. Dès l'époque des jurisconsultes, le pupille y jouit d'un privilège opposable aux créanciers chirographaires du tuteur, *privilegium inter personales actiones;* Constantin le transforme en une hypothèque tacite qui prend date au jour de l'ouverture de la tutelle (L. 42, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7; L. 22; L. 25, D., *De tutelæ et rat.*, 27-3. — L. 20, C., *De adm. et peric. tut.*, 5-37. — Conf., C. C., art. 2121).

Si le tuteur est un fils de famille, le *judicium tutelæ* peut s'intenter contre son père *de peculio* ou *de in rem verso*, par l'effet de principes complexes qui seront expliqués en leur lieu (L. 21, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7) (1).

2° *Actio de rationibus distrahendis;* c'est une action exceptionnelle, civile, qui remonte à la loi des Douze-Tables; elle suppose des comptes inexacts, frauduleusement présentés par le tuteur pour dissimuler un détournement commis au préjudice du pu-

(1) Le père du tuteur qui s'est immiscé dans la gestion peut être poursuivi pour le tout par l'action *directa tutelæ quod jussu.*

pille. Elle tend au double de la valeur détournée; l'une des moitiés de la condamnation indemnise le pupille, l'autre punit le tuteur. Cette action est donc mixte, c'est-à-dire mélangée d'un caractère pénal; *tam rei quam pœnæ persecutoria*; aussi reste-t-elle personnelle au tuteur et ne se donne-t-elle pas contre ses héritiers, qui ne sont passibles que du *judicium tutelæ* pour la réparation due au pupille (L. 2, § 2, D., *De tutelæ et rationibus*, 27-3) (1).

Recours du tuteur contre le pupille. — De son côté, le tuteur peut être créancier. Le pupille doit lui rembourser toutes les avances qu'il a raisonnablement faites, le dédommager des pertes que lui a causées la tutelle, et le décharger des obligations contractées dans la *tutelæ gestio* (L. 3, §§ 1, 7, 8, D., *De contraria tutelæ*, 27-4).

A ces fins, le tuteur est armé contre le pupille de l'*actio contraria tutelæ* qui n'est d'ailleurs ni infamante ni privilégiée. Si l'action directe, née du droit civil, a toujours coexisté avec la tutelle, l'action contraire, création du préteur, n'apparaît qu'au premier siècle de notre ère. Cette lacune tenait au double principe que le pupille ne s'oblige pas sans l'*auctoritas* du tuteur, et que le tuteur ne saurait *præstare auctoritatem* dans une affaire où il joue personnellement un rôle contraire à celui du pupille. De ce défaut d'action, il résultait pour le tuteur qu'on ne pouvait le forcer à gérer. La jurisprudence prétorienne n'hésita pas à sacrifier ces subtilités de raisonnement aux nécessités de la pratique et créa l'action *contraria tutelæ*. Cette innovation ne fut pas sans réagir sur l'*actio directa*; car le tuteur n'était primitivement responsable que de sa mauvaise gestion et de son *auctoritas* donnée ou refusée hors de propos; après l'organisation de son recours contre le pupille, il eut à répondre même de son abstention dans la *gestio* (L. 1, pr., D., *De contraria tutelæ*, 27-4).

(1) On verra plus loin que le pupille est encore muni de deux autres actions : d'une action *ex stipulatu* contre les fidéjusseurs fournis par le tuteur et d'une action *subsidiaria* contre les magistrats qui ont omis d'exiger la *satisdatio* ou qui se sont contentés de fidéjusseurs insolvables.

CHAPITRE XI.

TUTELLE DES FEMMES PUBÈRES.

(*Gaius*, I, 144 et s.)

Dans la période de l'impuberté, la femme et l'homme sont traités de même par la loi romaine, qui leur applique sans distinction les règles de la puissance paternelle ou de la tutelle. Mais à la puberté, l'homme *sui juris* prend un libre essor dans la vie civile; la femme *sui juris* reste à peu près ce qu'elle était. Le vieux droit des Douze-Tables, en effet, la retenait enfermée dans une tutelle perpétuelle. Les jurisconsultes classiques donnent de cette rigueur un semblant d'explication, en lui attribuant pour causes la faiblesse ou la légèreté d'esprit du sexe, et son ignorance des choses juridiques ou judiciaires, *sexus infirmitas, levitas animi, ignorantia rerum forensium;* ce n'était là qu'un prétexte, ainsi que certains d'entre eux ont la franchise d'en convenir (*Gaius*, I, 144, 190. — *Ulpien*, R., t. XI, § 1).

La tutelle des femmes pubères s'organisa, non pour elles, mais contre elles, et sans doute par deux raisons. On ne voulait pas leur laisser l'influence qu'elles auraient trouvée dans une libre administration de leurs fortunes; et ces biens qui seraient sortis à la légère de leurs mains inexpérimentées, on voulait les conserver aux parents civils. L'intérêt social et l'intérêt des familles, tel est peut-être le double besoin qu'on tenta de satisfaire par une institution trop conforme aux rudes idées de ce vieux temps pour séduire le nôtre. La tutelle des femmes pubères ne fut, en réalité, qu'une mesure d'oppression (Tite-Live, L. XXXIV, nos 1 et s.) (1).

La tutelle des femmes pubères ressemble à la tutelle des impubères dans ses traits principaux; aussi n'aurons-nous qu'à relever les différences les plus saillantes.

(1) C'est par les mêmes idées que peuvent s'expliquer toutes les lois votées pour restreindre la liberté ou la capacité des femmes, telles que la loi : Oppia sur le luxe, la loi Voconia sur la capacité testamentaire et le sénatusconsulte Velléien sur l'*intercessio*.

§ I.

Désignation du tuteur.

La tutelle des femmes se défère de la même manière et dans le même ordre que la tutelle des impubères. Aucune différence n'est à signaler entre les deux pour la compétence et les attributions des magistrats chargés, le cas échéant, de faire la nomination (*Ulpien*, R., t. XI, §§ 18, 20-24).

Quant à la tutelle testamentaire des femmes, elle est tantôt un acte de puissance paternelle, tantôt un acte de puissance maritale. Le mari peut même, au lieu de désigner directement un tuteur à sa femme *in manu*, lui laisser le droit de le choisir. La femme a l'*optio plena*, quand le mari lui permet par testament de changer de tuteur à son gré; l'*optio* est *angusta*, si la femme n'a la faculté de changer qu'un nombre de fois déterminé; dans les deux cas, le tuteur reçoit le nom de *tutor optivus* (*Gaius*, I, 148, 150-154).

La tutelle légitime des femmes se défère d'après la règle *ubi successionis emolumentum, ibi tutela*. Elle va donc aux plus proches agnats pour l'ingénue non émancipée, au patron ou descendants du patron pour l'affranchie; sur la tête de l'ingénue émancipée, la tutelle est légitime pour l'ascendant émancipateur, et fiduciaire pour ceux qui l'exercent à son défaut.

Nous devons indiquer ici deux règles propres à la tutelle des femmes. Cette tutelle appartient aux agnats ou aux patrons quoique frappés d'une incapacité physique, comme les impubères, les muets, les sourds. Ces incapables à la vérité n'auront qu'un titre nominal, et le magistrat constituera un *tutor ad hoc* dans les affaires où l'*auctoritas* sera exigée; mais il ressort néanmoins de ce fait la preuve évidente que notre institution a été conçue dans l'intérêt du tuteur, et non de la femme. En outre, et par la même raison, la tutelle légitime, sans doute aussi la tutelle fiduciaire, peuvent faire l'objet d'une cession. Le cessionnaire, *tutor cessitius*, n'est d'ailleurs qu'un délégué dont les droits s'éteignent avec ceux du cédant, c'est-à-dire par la mort ou toute *capitis deminutio* de celui-ci; à l'inverse, le cédant les recouvre par le dessaisissement du cessionnaire (*Gaius*, I, 168-170. — *Ulpien*, R., t. XI, §§ 20-22).

§ II.

Effets de la tutelle des femmes pubères.

La tutelle des femmes pubères fut certainement prise au sérieux dans l'origine. Mais la science actuelle ne la connaît que par les textes du droit classique, où ses caractères primitifs sont presque effacés. Telle que nous pouvons la décrire, elle diffère profondément dans ses conséquences de la tutelle des impubères.

Tandis que le tuteur de l'impubère a les deux fonctions de la *tutelæ gestio* et de l'*auctoritas*, le tuteur de la femme ne procède jamais par la première et n'exerce que la seconde. En d'autres termes, la femme pubère accomplit elle-même tous les actes de la vie civile, et le tuteur se borne à donner son *auctoritas* quand est besoin. De là résulte que, privé de toute administration, il n'a point de comptes à rendre, et qu'entre la femme et son tuteur il n'existe aucune action de tutelle; la logique le dispense aussi de tout serment, inventaire ou caution (*Gaius*, I, 190, 191. — *Ulpien*, R., t. XI, § 25).

Dans quels cas la femme pubère a-t-elle besoin de l'*auctoritas* de son tuteur? Comme l'impubère en tutelle, la femme peut faire seule sa condition meilleure; de plus que l'impubère, elle peut aussi, dans certaines limites, faire sa condition pire. L'*auctoritas* du tuteur ne lui est nécessaire que pour les actes les plus graves; tels sont : 1° les *actiones legis*, et, partant, l'*in jure cessio;* 2° l'aliénation des *res mancipi*, et, par suite, toutes sortes d'affranchissements; 3° les obligations; 4° l'acceptilation; 5° l'adition d'hérédité; 6° le mariage; 7° la constitution de dot; 8° le testament (*Gaius*, II, 85. — *Ulpien*, R., t. XI, §§ 20, 22, 27) (1).

Cette *auctoritas* ainsi requise, le tuteur n'était pas toujours libre de la refuser; car le préteur la lui imposait souvent. Dès lors, elle ne fut plus un des éléments de la capacité de la femme, mais une simple condition extérieure, une formalité. Le tuteur légitime conserva seul une certaine indépendance; héritier *ab intestat* de la femme, on ne le força jamais de se dépouiller lui-même en autorisant la femme à tester, et ce n'était pas sans des motifs impérieux

(1) La femme pubère peut donc très valablement et sans l'*auctoritas tutoris*, aliéner ses *res nec mancipi*, recevoir un paiement, aliéner la possession de ses biens, plaider dans un *judicium non legitimum* (*Gaius*, II, 80. — F. V., § 1).

qu'on exigeait son *auctoritas* pour les obligations et les aliénations de *res mancipi* (*Gaius*, I, 190-192).

§ III.

Fin de la tutelle des femmes.

Les mêmes causes en général mettent fin aux tutelles de la femme et de l'impubère. Toutefois, il est à noter que nul âge n'en libère la femme, et que l'adrogation lui fut longtemps inaccessible. En revanche, elle seule devenait *alieni juris* par la *conventio in manum*, et, dans le système des lois Caducaires, une application du *jus liberorum* exemptait de la tutelle du patron la mère de quatre enfants, et de toute autre tutelle la mère de trois enfants (*Gaius*, I, 194. — *Ulpien*, R., t. XXIX, § 3).

Cette antique théorie ne pouvait pas survivre aux conceptions étroites des premiers Romains. Déjà, signe irrécusable de décadence, la raillerie s'y attaque au temps de Cicéron (1). Auguste lui porte un coup mortel en l'éteignant par une maternité triple ou quadruple. Enfin, sous le règne de Claude, un sénatusconsulte improprement appelé *lex Claudia* supprime la tutelle légitime des agnats, et la vaine apparence qui persiste dans les autres cas, illusoire et presque ridicule, disparaît sans abrogation formelle avant le triomphe du christianisme (*Gaius*, I, 157, 171. — L. 2, § 1, C., *De his qui veniam ætatis*, 2-45).

CHAPITRE XII.

CURATELLE.

(*Inst.*, L. I, t. XXIII.)

A la diversité d'objets déjà signalée entre la tutelle et la curatelle, se rattache une différence dans les pouvoirs. Le curateur a les

(1) Nos ancêtres, disait Cicéron, ont voulu mettre toutes les femmes en puissance de tuteur et voilà que l'imagination des jurisconsultes a créé des tuteurs soumis au pouvoir des femmes. *Mulieres omnes majores nostri in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum quæ potestate mulierum continerentur* (Cicéron, *Pro Murena*, ch. XII, nº 29).

mêmes fonctions de *gestio* que le tuteur; mais l'*auctoritas tutoris* fait ici place au *consensus curatoris*, qui n'a rien de solennel et se donne valablement *per nuntium* ou *per epistolam*, avant ou après l'acte. En outre, la curatelle est presque toujours déférée par le magistrat, très rarement par la loi, jamais par testament.

§ I.

Curatelle des fous, prodigues et faibles d'esprit.

Cette première curatelle ne porte que sur des personnes pubères et *sui juris;* autrement elles seraient *in potestate vel in tutela.*

Système des Douze-Tables : curatelle légitime. — Les cas de curatelle légitime furent déterminés en petit nombre par les Douze-Tables. Cette loi ne considérait comme fou que le *furiosus*, c'est-à-dire la personne atteinte d'accès intermittents de folie. Par *prodigus*, elle n'entendait que la personne qui dissipait la succession *ab intestat* de son père ou d'un autre ascendant mâle paternel. Du reste, la folie, qui emporte par elle-même impuissance d'administrer, donnait immédiatement et sans formalités ouverture à la curatelle; quant au prodigue, il n'y tombait qu'après une sentence d'interdiction, rendue par le magistrat et dont Paul nous a conservé la formule (*Ulpien*, R., t. XII, § 3. — *Paul*, S., L. III, t. IV, § 7. — Conf., C. C., art. 489, 499, 513).

Cette curatelle était déférée aux agnats dans l'ordre d'agnation, après eux, aux *gentiles*. A défaut des uns et des autres, elle cessait. De ces détails jaillit la pensée des Douze-Tables; le législateur n'avait pas souci de protéger le prodigue ni le fou, mais seulement de conserver les biens de famille à leurs héritiers présomptifs. Étroite dans ses bases, insuffisante dans ses moyens, cette organisation appelait un remède (*Inst.*, L. I, t. XXIII, *De curatoribus*, § 3).

Système du préteur. — Le préteur assimile aux fous par accès, *furiosi*, les personnes dont la maladie d'esprit est continue, *mente capti*, même les sourds, les muets, et tous ceux qu'une infirmité permanente rend incapables de gérer leur fortune, qui *perpetuo morbo laborant*. De même, est désormais prodigue quiconque gaspille son patrimoine. La curatelle légitime n'est maintenue que pour les cas spécifiés par la loi des Douze-Tables; en toute autre hypothèse, le magistrat nomme lui-même un curateur, qui doit à son origine le

nom d'*honorarius* (*Inst.*, L. I, t. XXIII, *De curatoribus*, §§ 3, 4. — L. 1; L. 15, D., *De curatore furioso*, 27-10).

Le prodigue interdit ressemble au pupille sorti d'*infantia*, en ce sens qu'il peut rendre seul sa condition meilleure, et ne peut la rendre pire qu'avec l'assistance de son curateur. Le *furiosus* est frappé d'une incapacité absolue et radicale, quand il accomplit l'acte dans un moment de démence, *nihil agit;* il en est de même du *mente captus*, l'altération de ses facultés intellectuelles le rend incapable d'aucun acte juridique. Mais, pour l'un et l'autre, l'incapacité se justifiant par une lacune de l'intelligence doit cesser au retour de la raison, ne fût-il que momentané (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 8. — L. 6, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — *Paul*, S., L. III, t. IV, § 5) (1).

Cette curatelle prend fin par la guérison du *furiosus* ou du *mente captus* et par la conversion du prodigue. Une décision judiciaire est probablement nécessaire pour constater ce changement (Conf., C. C., art. 512).

§ II.

Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.

L'ancien droit civil ne faisait pas de distinction entre le pubère et l'homme mûr. Cependant si l'on réfléchit que la puberté romaine s'atteignait à quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles, on admettra qu'il était imprudent de la confondre avec l'âge de pleine raison. Aussi devint-il nécessaire de subdiviser les pubères en deux classes, d'une part les mineurs de vingt-cinq ans, *minores viginti quinque annis*, *adolescentes*, *adulti*, d'autre part ceux qui avaient dépassé la *perfecta* ou *legitima ætas*.

Mesures de protection prises dans l'intérêt des mineurs de vingt-cinq ans. — La première trace d'une protection spéciale pour les mineurs de vingt-cinq ans se rencontre dans une loi *Plætoria*, *Lætoria* ou *Lectoria*, dont nous ignorons la date, mais qui se trouvait certainement en vigueur au temps de Plaute, vers le milieu du

(1) La doctrine romaine soulève donc sur ce point, et pour chaque opération réalisée par le *furiosus* ou le *mente captus* une question de fait; l'acte a-t-il ou non été accompli alors que l'agent jouissait de l'intégrité de ses facultés mentales. Le Code civil, pour couper court à toutes difficultés, place au contraire l'aliéné interdit sous une présomption légale de démence qui rend *nuls de droit* tous les actes accomplis postérieurement à l'interdiction (Conf., C. C., art. 502).

sixième siècle de Rome; car il y fait allusion dans ses comédies. Cette loi organisa d'abord une accusation criminelle contre les tiers qui avaient frauduleusement abusé de l'inexpérience d'un *adolescens*; cette poursuite ouverte à tous (*judicium publicum*) entraînait l'infamie pour le condamné et le rendait incapable de faire partie des sénats municipaux. La victime du dol, *circumscriptus*, pouvait en outre opposer la nullité de son engagement, tout au moins par voie d'exception. Enfin, comme le crédit des mineurs était dès lors ébranlé, la même loi les autorisait, pour la conclusion d'un acte juridique, à demander la nomination d'un curateur spécial dont la présence, en écartant tout soupçon de fraude, assurait la validité de l'opération (L. 7, § 1, D., *De exceptionibus*, 44-1. — Plaute, *Pseudolus*, act. I, sc. III. — Cicéron, *De officiis*, L. III, n° 15).

Lorsque vers la fin de la République, le préteur Aquilius Gallus eut créé l'action et l'exception de dol au profit de tous ceux qui avaient été trompés, les mineurs de vingt-cinq ans se trouvèrent soumis au droit commun. Le préteur comprit qu'il fallait alors organiser en faveur des mineurs une mesure de protection plus large et plus efficace; il décida donc que tout mineur qui aurait été lésé, sans avoir été trompé, pourrait invoquer la *restitutio in integrum*. Nous aurons bientôt à exposer les règles et les effets de cette ressource exceptionnelle.

Enfin, dès le règne de Marc-Aurèle, la minorité de vingt-cinq ans devint par elle-même une cause de curatelle générale et permanente (1); une distinction paraît seulement nécessaire. Le mineur qui a été en tutelle est toujours pourvu d'un curateur; car son tuteur, avant la reddition de compte, a dû l'avertir d'en réclamer un, ou provoquer personnellement la nomination. Le curateur ainsi désigné n'est pas dessaisi par la reddition de compte, et reste en fonctions jusqu'à la majorité pour surveiller la gestion du patrimoine dont il a surveillé la restitution (L. 5, § 5; L. 33, § 1, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7; L. 1, § 3, D., *De minoribus viginti quinque annis*, 4-4; L. 13, § 2, D., *De tutoribus*, 26-5).

Au contraire, le mineur qui n'a pas été en tutelle ne reçoit point de curateur contre son gré. Ce principe ne comporte guère que trois exceptions. L'adversaire en procès avec le mineur, et le débiteur

(1) Voir : Julius Capitolinus : *Marc-Aurèle*, 10. — De curatoribus vero, cum antea nonnisi ex lege Lœtoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent *non redditis causis*.

désireux de lui payer sa dette, ont le droit d'exiger la nomination d'un curateur, qui atténuera singulièrement par son assistance les risques de la *restitutio in integrum*. De même, l'adolescent frappé d'aliénation mentale sera soumis à la curatelle, non comme fou, mais comme mineur, nuance remarquable, qui entraîne l'exclusion des agnats et le maintien des pouvoirs du curateur pendant les intervalles lucides (*Inst.*, L. I, t. XXIII, *De curatoribus*, § 2. — L. 3, § 1, D., *De tutelis*, 26-1).

Condition juridique des mineurs de vingt-cinq ans. — Quelle est, en définitive, la condition juridique du mineur de vingt-cinq ans?

1° Dans le droit classique, en dehors du cas de folie, et sauf la possibilité d'invoquer le bénéfice de la *restitutio in integrum* contre tous les actes qui lui portent préjudice, il nous apparaît capable de conclure, *sine consensu curatoris*, toutes sortes d'actes juridiques; il n'en faut excepter que les aliénations prohibées dans le sénatus-consulte de Septime Sévère, élargi par Constantin; car ces aliénations, interdites au tuteur, l'étaient par suite au curateur et plus forcément encore au mineur (L. 43, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — L. 22, C., *De adm. tut. vel curat.*, 5-37).

2° Mais le droit postérieur est différent. Depuis Dioclétien, les mineurs en curatelle semblent mis sur le même pied que l'interdit et le pupille, et ne peuvent rendre leur condition pire que *consensu curatoris*. En effet, à quoi bon leur permettre de réclamer un curateur, s'il ne doit y avoir nulle différence entre ceux qui font usage de cette faculté et ceux qui la dédaignent? Ce changement de législation explique suffisamment, semble-t-il, la contradiction qui se relève entre les textes de la grande époque juridique et certaines constitutions plus récentes (L. 101, D., *De verb. oblig.*, 45-1. — L. 3, C., *De in integr. rest.*, 2-22).

La curatelle des mineurs cesse par les mêmes causes que la tutelle des impubères, sauf la différence des âges qui les terminent. L'empereur peut néanmoins leur accorder la *venia ætatis*, bénéfice assez analogue à notre émancipation moderne; les hommes l'obtiennent à vingt ans, les femmes à dix-huit. Cette faveur les assimile à des majeurs, si ce n'est qu'on les traite encore comme mineurs pour les aliénations d'immeubles (L. 1, 3, C., *De his qui veniam*, 2-45. — Conf., C. C., art. 476 et s.).

§ III.

Curatelle des impubères.

L'impubère est nécessairement *alieni juris* ou *sui juris;* mais la présence du père de famille ou du tuteur n'écarte pas toujours certaines curatelles spéciales.

L'impubère *alieni juris*, c'est-à-dire le fils de famille, reçoit un curateur pour ceux de ses biens dont la propriété ni l'administration n'appartiennent à son père, et qu'on apprendra bientôt à connaître (L. 7, 8, § 1, C., *De bonis quæ liberis*, 6-61).

L'impubère *sui juris*, c'est-à-dire le pupille, reçoit un curateur en plusieurs cas. Par exemple, il en est ainsi dans l'hypothèse d'un tuteur dont l'intérêt est contraire sur un point spécial à l'intérêt du pupille, ou qui fait admettre une excuse temporaire; de même, s'il est inhabile, mais exempt de la mauvaise foi qui permettrait de le destituer, il n'interviendra plus que pour l'*auctoritas*, et sera pour la *gestio* remplacé par un curateur (*Inst.*, L. I, t. XXIII, *De curat.*, § 5. — L. 13, § 1, D., *De tutelis*, 26-1).

Le curateur, personnellement responsable, diffère d'un autre suppléant qu'on appelle *adjutor tutelæ*, et qui gère aux risques du tuteur (*Inst.*, L. I, t. XXIII, *De curat.*, § 6).

§ IV.

Actions de la curatelle.

A la différence de la tutelle, la curatelle n'engendre pas d'actions originales, distinctes et pourvues de règles propres.

Contre le curateur, on donne une action directe de gestion d'affaires, *directa negotiorum gestorum;* elle se rapproche du *judicium tutelæ;* car le mineur, le fou, le prodigue y jouissent comme le pupille d'un *privilegium personale*, que Constantin transforme en hypothèque tacite, au moins pour le mineur. L'action *de rationibus distrahendis* n'existe pas ici (L. 25, D., *De tutelæ et rationibus*, 27-3. — L. 20, C., *De adm. tut.*, 5-37).

Au curateur, on donne une action contraire de gestion d'affaires, *contraria negotiorum gestorum*.

Comme l'une et l'autre sortent du cadre habituel de la gestion d'affaires, elles sont qualifiées d'*utiles*.

CHAPITRE XIII.

RÈGLES COMMUNES A LA TUTELLE ET A LA CURATELLE.

(*Inst.*, L. I, t. XXIV-XXVI.)

Trois catégories de règles sont communes aux matières de la tutelle et de la curatelle.

I. **Garanties accordées aux incapables.** — Le tuteur ou curateur administre la fortune d'autrui; de là diverses garanties prises par la loi; telles sont : l'inventaire, la *satisdatio* et la *restitutio in integrum*.

Inventaire. — Tout tuteur ou curateur doit, avant d'entrer en fonctions, constater le patrimoine de l'incapable par un inventaire, *inventorium, repertorium*, fait en présence de *personæ publicæ*, qui sont probablement les magistrats municipaux ou les *tabularii*. L'omission de cette mesure de prudence l'exposerait à voir, lors de la reddition de compte, les biens de l'incapable évalués par le jugement en cas de simple négligence, et par le serment de l'oyant compte lui-même en cas de dol. L'obligation de faire inventaire se représente, d'ailleurs, chaque fois que, pendant le cours de la tutelle ou curatelle, l'incapable recueille une succession (L. 7, D., *De adm. et peric. tut.*, 26-7. — L. 24, C., *De adm. tut.*, 5, 37. — Conf., C. C., art. 451) (1).

Satisdatio. — Le tuteur ou curateur contracte l'engagement principal de veiller aux intérêts qui lui sont confiés, *rem salvam fore;* il doit, en outre, fournir la sûreté qu'on appelle *satisdatio*, c'est-à-dire l'engagement auxiliaire d'un ou de plusieurs fidéjusseurs.

Cette caution n'est pas exigée des tuteurs testamentaires, ni des tuteurs ou curateurs nommés par les magistrats supérieurs après enquête. Parmi les tuteurs légitimes, le patron et ses enfants, peut-être aussi l'ascendant émancipateur, en sont quelquefois dispensés

(1) Les tuteurs et curateurs ne peuvent jamais être dispensés de l'inventaire ni de l'obligation de rendre compte (L. 5, § 7, D., *De adm. et per. tut.*, 26-7).

sur examen. C'est toujours aux magistrats municipaux qu'incombe le soin de recevoir la *satisdatio* et de veiller à ce que les fidéjusseurs présentent une solvabilité suffisante; la résistance du tuteur ou curateur entraînerait une *missio in possessionem pignoris causa*, c'est-à-dire la constitution d'un droit de gage sur ses biens au profit de l'incapable (*Inst.*, L. I, t. XXIV, *De satisdatione tut. vel cur.*, pr., §§ 1, 2, 3, 4. — L. 5, § 1, D., *De legitimis tut.*, 26-4).

La caution, une fois présentée et agréée, s'engage envers l'incapable par le contrat de stipulation. Si l'incapable est absent ou trop jeune pour parler, son esclave le remplace; s'il n'a pas d'esclaves et qu'on n'en puisse acheter, on fait intervenir un *servus publicus*; quelquefois le magistrat charge un tiers de stipuler, ou stipule directement lui-même; l'action contre le fidéjusseur ne sera qu'*utilis* dans ces derniers cas. On finit par admettre, au lieu de ces expédients, que la volonté non douteuse du fidéjusseur suffirait à l'obliger; il la manifestait en laissant inscrire son nom sur les *acta publica* (L. 2, 3, 4, 6, D., *Rem pupilli*, 46-6. — L. 4, § 3, D., *De fidejuss. et nominat.*, 27-7).

L'incapable puise deux avantages dans cette *satisdatio*. Il y gagne d'abord contre le fidéjusseur l'*actio ex stipulatu*, indépendante de l'action directe de tutelle ou de curatelle; elle ne s'ouvre, qu'après le dessaisissement du tuteur ou du curateur, et se donne aussi contre ses héritiers; mais elle n'entraîne pas l'infamie et n'est munie d'aucun privilège (L. 5, D., *De fidejuss. et nominat.*, 27-7).

En outre, contre les magistrats municipaux qui ont omis d'exiger des fidéjusseurs, ou qui en ont agréé d'insolvables, est ouverte depuis Trajan une *actio subsidiaria*; elle implique discussion préalable du tuteur ou curateur et de la caution, et n'est qu'un dernier remède pour l'incapable; de là son nom. Les héritiers du magistrat en sont également passibles, mais ils ne répondent que du dol ou de la faute lourde de leur auteur (*Inst.*, L. I, t. XXIV, *De satisdatione tut. vel cur.*, § 2. — L. 2, 5, C., *De magist. conveniendis*, 5-75).

Restitutio in integrum. — Enfin le pupille et le mineur de vingt-cinq ans sont investis d'une troisième faveur, la *restitutio in integrum*.

Primitivement créée pour le mineur de vingt-cinq ans, la *restitutio in integrum* fut étendue aux pupilles; elle finit par embrasser, avec les actes accomplis par le mineur seul ou *consensu curatoris*, les faits de gestion du curateur lui-même, et tout ce que le tuteur

exécutait par l'*auctoritas* ou la *gestio*. D'ailleurs, comme l'édit du préteur ne distinguait pas entre les mineurs *sui juris* et les mineurs *alieni juris*, on décida que les fils de famille seraient également appelés à jouir de ce bénéfice (L. 1, § 1; L. 29; L. 47, D., *De minoribus*, 4-4).

Le délai de la demande à fin de *restitutio* comprend la minorité, plus une année utile dans le droit classique. Justinien substitue à ce dernier terme variable une durée fixe de quatre ans continus à partir de la majorité, *quadriennium continuum* (L. 5, § 1, C., *De in integrum restitutione*, 2-22; L. 7, C., *De tempore in integr. rest.*, 2-53).

Suivant une théorie générale qui sera posée plus tard, la *restitutio* requiert deux conditions. Il faut que le demandeur ait éprouvé une lésion, et que nulle autre voie de droit équivalente ne lui soit ouverte.

La lésion provient de causes diverses. Car elle consiste tantôt dans un appauvrissement direct, comme une aliénation; tantôt dans un gain manqué, comme la répudiation d'une hérédité avantageuse; tantôt dans une simple omission préjudiciable, comme l'oubli d'interjeter appel d'une condamnation ou d'interrompre une usucapion. Mais la *restitutio in integrum*, destinée à préserver le mineur des périls de son âge, n'efface pas les conséquences de son délit ou de son dol, ni les dommages provenant de cas fortuits ou trop insignifiants. La nécessité d'une lésion a donné naissance à la maxime *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus* (L. 11, 24, 35, 64, D., *De minoribus*, 4-4. — Cf., C. C., art. 1305 et s.).

La *restitutio in integrum* suppose le défaut de tout autre moyen équivalent. On ne la donnerait donc pas à l'occasion d'un acte nul contracté par le pupille *sine tutoris auctoritate*, comme une obligation, une donation du tuteur ou curateur, une aliénation prohibée par le sénatusconsulte de Septime Sévère. Elle n'est d'ailleurs accordée qu'à l'incapable qui n'a pas trouvé pleine satisfaction dans ses actions de tutelle ou de curatelle, *ex stipulatu* contre les fidéjusseurs, et *subsidiaria* contre les magistrats. Par exception à ce caractère de ressource extrême, le mineur victime d'une violence peut opter entre la *restitutio* et l'action *quod metus causâ*, et, s'il est victime d'un dol, il doit préférer la *restitutio* à l'action *de dolo;* cette dérogation tient à la gravité de ces deux

actions, dont la première fait encourir la peine du quadruple, et la seconde l'infamie (L. 21, § 6, D., *Quod metus causa*, 4-2; L. 38, D., *De dolo malo*, 4-3. — L. 3; L. 5, C., *Si tutor vel curator*, 2-25).

Prononcée par le préteur, et après enquête, *causa cognitâ*, la *restitutio in integrum* a pour effet de remettre l'incapable dans la situation qui était la sienne avant l'acte dont il a souffert; l'acte est annulé au regard de toutes les parties, *restitutio autem ita facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat*. Si donc, le mineur avait reçu un équivalent en échange de l'acte préjudiciable par lui accompli, il devrait restituer cet équivalent dans la mesure de son enrichissement (L. 24, § 4, D., *De minoribus*, 4-4. — Conf., C. C., art. 1312).

II. **Causes d'incapacité ou d'excuses.** — En matière de tutelle et de curatelle, il faut distinguer les incapacités et les excuses. L'*incapacité* est l'inaptitude légale d'une personne au *munus publicum tutelæ vel curæ*; elle a pour raison d'être l'intérêt public ou l'intérêt de l'individu qu'il s'agit de protéger, et s'attache à des catégories entières de personnes, sans impliquer aucune défiance individuelle. L'*excuse* est une considération de fait qu'invoque une personne capable pour se dérober au *munus publicum*; elle est ordinairement dans l'intérêt du tuteur ou curateur, quelquefois du protégé. L'incapacité s'impose forcément, tandis que l'excuse est en principe facultative.

1° *Incapacités.* — Sont incapables d'avoir la tutelle ou la curatelle, dans le droit classique, les non citoyens, les femmes, et, pour toute autre hypothèse que la *tutela legitima*, les impubères. Justinien établit en faveur des femmes deux exceptions qui nous sont connues, étend à tous les cas l'incapacité des impubères, et déclare incapables pour l'avenir le mineur de vingt-cinq ans, le militaire, l'un et l'autre simplement excusables jusqu'alors, enfin les évêques et les moines (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusationibus tut. vel cur.*, §§ 13, 14. — *Gaius*, I, 177, 179. — Nov. 123, ch. 5).

La tutelle légitime avant Justinien, et depuis ce prince toute tutelle est également fermée aux sourds et aux muets; mais cette incapacité ne paraît pas comprendre la curatelle. En revanche, le mari et le père du mari ne peuvent pas être curateurs, l'un de sa femme, l'autre de sa bru; seulement cette incapacité, inexactement qualifiée d'excuse dans les Institutes, est étrangère à la tu-

telle (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusationibus tut. vel cur.*, § 19. — F. V., § 201. — Conf., C. C., art. 442-449).

Excuses. — Les excuses n'opèrent pas de plein droit. Le tuteur ou curateur n'est pas admis à les proposer, s'il a promis au père de l'incapable d'accepter la tutelle ou curatelle, ou si l'incapable est l'enfant de son patron ou de sa patronne (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat. tut. vel cur.*, § 9. — L. 5, § 1, D., *De excusat.*, 27-1).

Hormis ces cas, les excuses s'invoquent d'abord devant le magistrat qui a fait la nomination ou qui avait qualité pour la faire; on peut ensuite interjeter appel. La décision définitive a l'autorité de la chose jugée, si l'excuse est rejetée à tort ou à raison; mais elle ne l'a point et se trouve exceptionnellement nulle de plein droit, si l'excuse est admise par la fraude de l'impétrant. Le tuteur testamentaire, en faisant agréer une excuse, perd les legs dont l'aurait gratifié le testateur (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, § 20. — L. 28, D., *De test. tut.*, 26-2).

Le délai pour proposer les excuses est de cinquante jours à compter de la connaissance que le tuteur ou curateur a eue de sa vocation; s'il réside au delà de quatre cent milles du lieu d'ouverture de la tutelle ou curatelle, un jour de plus lui est accordé par chaque distance de vingt milles au-dessus de quatre cents. Le tuteur ou curateur qui croit avoir plusieurs excuses n'est tenu de les présenter ni conjointement ni dans un ordre déterminé (1). En principe, on ne se fait point excuser pour partie (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, §§ 16, 17. — L. 21, D., *De excusat.*, 27-1).

Quant au détail des diverses excuses, il n'offre qu'un intérêt des plus médiocres; un simple classement suffit aux besoins de la théorie. 1° Dans leur cause finale, les unes sont favorables au tuteur ou curateur, les autres à l'incapable; ces dernières s'expliquent tantôt par l'impuissance matérielle du tuteur ou curateur, tantôt par une juste frayeur de son intérêt personnel ou de sa passion haineuse. 2° Dans leurs effets positifs, les unes sont *tam à susceptâ quam à suscipiendâ tutelâ vel curâ*, c'est-à-dire dispensent également de continuer ou de commencer une tutelle ou curatelle; les autres sont à *suscipiendâ tantum*, c'est-à-dire ne

(1) Toutefois le tuteur qui exerce le *jus nominandi potiorem*, c'est-à-dire qui désigne une personne préférable à raison de sa parenté, renonce implicitement à se prévaloir des autres causes d'excuse qu'il pourrait invoquer (F. V., § 157 et s. — Conf., C. C., art. 432).

dispensent que d'entrer en charge, et ne déchargent pas l'administrateur en exercice. 3° Dans leur durée, les unes sont perpétuelles et nécessitent la nomination d'un nouveau tuteur pour le pupille; les autres sont temporaires et n'amènent que la désignation d'un curateur, sauf un tuteur *ad hoc* dans les cas d'*auctoritas*. 4° Enfin, considérées au point de vue du magistrat qui est appelé à les examiner, les unes exigent une appréciation, comme la maladie et la pauvreté, susceptibles de plus ou de moins, les autres ne requièrent qu'une vérification de fait, comme le *jus liberorum* et la qualité de fonctionnaire (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, pr., § 15. — Conf., C. C., art. 426 et s.) (1).

Une excuse spéciale à la curatelle concerne l'ex-tuteur, qu'on ne peut forcer, même par testament, à devenir le curateur de son ancien pupille (*Inst.*, L. I, t. XXV, *De excusat.*, § 18).

III. **Causes d'exclusion ou de destitution.** Les causes d'exclusion ou de destitution sont uniquement fondées sur l'intérêt de l'incapable, et s'adressent au tuteur ou curateur dont la loi se défie. Elles résident dans les mêmes faits; seulement l'exclusion se prononce avant l'entrée en fonctions, tandis que la destitution frappe le tuteur ou curateur en cours d'exercice. Par exception, Justinien exclut de la tutelle le créancier ou le débiteur du pupille, tandis que la survenance de l'une de ces qualités pendant la charge donne lieu, non pas à la destitution du tuteur, mais à la nomination d'un curateur (Nov. 72, ch. 3-4. — Conf., C. C., art. 451).

Une seule voie est ouverte pour obtenir l'exclusion ou la destitution du tuteur ou curateur; c'est le *crimen suspecti*, qui remonte aux Douze-Tables, et dont la connaissance appartient à Rome, au préteur, dans les provinces, aux présidents ou à leurs délégués (*Inst.*, L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, pr., § 1. — L. 1, § 4, D., *De suspectis tutoribus*, 26-10).

Cette accusation s'intente contre le *suspectus*, tuteur ou curateur dont la gestion atteste la fraude, ou tout au moins une négligence assez grossière pour ressembler à la fraude; il n'importe que le vice apparaisse *in committendo vel in omittendo*. La fortune du *suspectus*, ou l'offre qu'il peut faire d'une caution solvable, n'empêche pas la poursuite. Tous les tuteurs, au moins dans le dernier état du

(1) Quelques auteurs distinguent entre l'excuse nécessaire et l'excuse volontaire; mais cette distinction est à rejeter, car elle confond les excuses avec les incapacité en droit romain, toute excuse est volontaire.

droit, sont passibles du *crimen suspecti* sans distinction (*Inst.*, L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, §§ 2, 5, 9, 12, 13. — L. 7, § 1, D., *De suspectis tutoribus*, 26-10).

Le *suspecti crimen* est une *actio quasi publica*, c'est-à-dire ouverte à tout le monde. Les femmes elles-mêmes, ordinairement hors d'état de poursuivre un crime qui ne les atteint pas personnellement, sont admises à cette accusation, pourvu qu'elles s'inspirent d'une affection honorable, *pietatis necessitudine*. En sens inverse, le pupille, habituellement maître d'intenter les poursuites criminelles qui le touchent, ne peut pas agir par cette voie contre son tuteur; mais l'*adolescens* a le droit d'accuser son curateur, sur l'avis d'une sorte de conseil de famille, *ex consilio necessariorum*. Pour les cotuteurs, l'exercice du *crimen suspecti* est un devoir. Si nul ne l'exerce, le magistrat statue d'office, du moins en présence de faits très graves (*Inst.*, L. I, t. XXVI, *De susp. tut.*, §§ 3, 4. — L. 3, § 4, D., *De suspectis tut.*, 26-10).

A tous ces traits, de même qu'à son nom, on reconnaît que le *suspecti crimen* n'est pas une simple action pécuniaire, mais une véritable procédure criminelle sur laquelle le magistrat statue *extra ordinem*. Il emporte tout d'abord interdiction absolue pour le tuteur ou curateur de faire aucun acte de gestion, même de recevoir un paiement. Si l'accusation échoue, le tuteur ou curateur reprend l'administration; dans le cas contraire, le magistrat lui donne un successeur. En outre, il peut encourir l'infamie et des peines corporelles; l'infamie accompagne la destitution *ob dolum*, sauf à l'égard du patron ou de l'ascendant : les peines corporelles s'attachent, en toute hypothèse de fraude, au tuteur qui est l'affranchi du père de son pupille, et pour des manquements exceptionnels à tout tuteur plébéien (*Inst.*, L. I, t. XXVI, *De suspectis tutoribus*, §§ 2, 6, 7, 10, 11. — L. 14, § 1, D., *De solut. et liberat.*, 46-3).

La fin de la tutelle ou de la curatelle, *ex utrâque parte*, empêche le *suspecti crimen* et même arrête toute poursuite commencée (*Inst.*, L. I, t. XXVI, *De suspectis tut.*, § 8).

CHAPITRE XIV.

CAUSES D'EXTINCTION OU DE TRANSFORMATION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

(*Inst.*, L. I, t. XVI.)

La personnalité juridique telle que nous l'avons étudiée avec les trois éléments qui la composent : *libertas, civitas, familia,* peut ou s'éteindre ou se modifier à la suite d'événements divers. Il est certain d'abord que la mort, en détruisant la personne physique, met à néant la personne juridique; mais il peut arriver, qu'une personne, sans perdre la vie, subisse cependant dans sa personnalité juridique une transformation qui l'atteint plus ou moins profondément; on dit de cette personne qu'elle subit une *capitis deminutio.*

Qu'est-ce que la *capitis deminutio?* Pour en avoir une idée exacte, il faut avant tout préciser le sens des deux mots qui composent cette locution intraduisible dans notre langue.

Caput est ici synonyme de *status* et désigne l'état des personnes (1). Or, l'état des personnes a pour fondement indispensable la *libertas,* et peut comprendre, en outre, la *civitas* et la *familia.* L'esclave manque donc d'état ou de personnalité civile. Les pérégrins ont un état, puisqu'ils sont libres ; les uns restent *sine civitate*, comme les affranchis déditices et les déportés; les autres joignent à la liberté la *civitas* inférieure de leur patrie. Aux citoyens romains seuls appartient la personnalité complète et parfaite, car ils en cumulent seuls les trois éléments constitutifs, *libertas*, *civitas*, *familia.*

Deminutio, le mot *minutio* n'a pas, dans cette locution, le sens de diminution ou d'amoindrissement. *Minuere, deminuere* signifie couper, trancher, briser, soit dans la vieille langue littéraire, soit dans la langue juridique de Justinien lui-même. C'est dans cette acception qu'il faut prendre ici le mot (César, *De bello Gallico,* L. VI, ch. 23. — L. 13, C., *De servitutibus,* 3-34).

De là vient une claire définition de la *capitis deminutio :* c'est

(1) Le mot *caput* a deux autres sens : tantôt il signifie *individu,* et c'est en ce sens que Justinien l'emploie dans la définition de la tutelle; tantôt encore, il signifie *chapitre* (*Inst.*, L. IV, t. III, *De lege Aquilia*, pr.).

un retranchement total ou partiel de l'état d'une personne. En théorie, ce retranchement constitue toujours une déchéance actuelle, puisqu'il suppose la perte de l'un des éléments qui constitue le *status* de l'individu *capite deminutus*. Mais il est possible que l'élément ou les éléments perdus par suite de la *capitis deminutio* soient aussitôt remplacés d'une manière équivalente, ou même plus avantageuse, de telle sorte qu'en fait, et au point de vue des résultats pratiques, le *capite deminutus* ne subit pas nécessairement une véritable déchéance, un amoindrissement. La vérité est que la *capitis deminutio* aboutit tantôt à un amoindrissement, tantôt à une simple transformation désavantageuse, tantôt même à une transformation favorable de la personnalité juridique.

La *capitis deminutio* suppose donc la perte ou l'altération de la liberté, de la cité, de la famille. Elle n'a rien de commun avec la privation de l'exercice des droits civils, telle que l'interdiction du prodigue; elle ne se confond pas davantage avec les peines variées qui diminuent l'*existimatio* ou considération sociale d'un individu, et même lui ôtent quelques droits sans toucher à son *caput* ou *status*, telle que l'infamie, ou l'exclusion du sénat; enfin elle est impossible à l'égard de l'esclave qui n'a pas de *caput* (*Inst.*, L. I, t. XVII, *De capitis demin.*, §§ 4, 5. — L. 5, § 1, D., *De extr. cogn.*, 50-13).

§ I.

Divers degrés de la capitis deminutio.

La *capitis deminutio* est, suivant les cas, *maxima, media* ou *minima* (L. 11, D., *De capite minutis*,4-5).

La *maxima capitis deminutio* résulte de la perte de la liberté; la personnalité juridique y sombre tout entière, avec ses trois éléments. L'application au prisonnier de guerre en est assez rare; car, s'il meurt chez l'ennemi, on le répute mort au dernier instant qui a précédé sa captivité par application de la loi Cornelia et, s'il revient, la fiction inverse du *postliminium* efface rétroactivement son esclavage (L. 18, D., *De captivis*, 49-15) (1).

(1) Le *postliminium* ne s'applique ni à ceux qui se sont rendus à discrétion, ni à ceux qu'une clause expresse du traité a abandonnés à l'ennemi, ni à ceux qui comme Régulus, reviennent à Rome, après s'être engagés à retourner *apud hostem* (L. 5, § 3, 12, pr., 17, D., *De captivis*, 49-15).

La *media capitis deminutio* résulte de la perte de la cité, *amissio vel mutatio civitatis*; elle ne touche pas à la liberté. Les citoyens romains la subissent à la suite d'une condamnation pénale, comme l'interdiction de l'eau et du feu et la déportation, ou d'un fait volontaire, comme l'émigration dans une colonie latine, et l'acceptation d'une nationalité étrangère; elle entraîne du même coup la ruine de leur *status familiæ*. Les pérégrins doués d'une *civitas* spéciale en sont atteints par l'effet de condamnations analogues aux précédentes; ils la subissent même suivant l'opinion générale, quand ils obtiennent la concession de la cité romaine; mais pour eux, il ne saurait s'y joindre la perte d'un *status familiæ* qu'ils n'ont pas (*Gaius*, I, 131. — Pline, *Epist.*, X, 8. — *Inst.*, L. I, t. XVI, *De cap. dem.*, § 2).

La *minima capitis deminutio* résulte de tout changement de famille que n'accompagne point la perte de la liberté ou de la cité; c'est la seule qui réponde exactement à la définition des Institutes, *prioris status commutatio*. Mais sans changement de famille, la simple transformation d'une situation individuelle ne suffit pas à la produire. Par exemple, tandis que de *sui juris* on ne peut devenir *alieni juris* sans la subir, la métamorphose inverse ne l'amène pas toujours; on l'a vu pour les enfants de famille élevés à certaines dignités, ou que le père laisse maîtres d'eux-mêmes en perdant sa puissance par la mort ou toute autre cause. Sont, en définitive, frappés de *minima capitis deminutio* : l'adrogé et les descendants qu'il entraîne avec lui *in potestatem adrogatoris*, les enfants de famille émancipés, mancipés, ou donnés en adoption, les *liberi naturales* légitimés, les femmes *sui juris* ou *alieni juris* qui tombent *in manum, matrimonii vel fiduciæ causa* (1) (*Inst.*, L. I, t. XVI, *De capitis deminut.*, § 3. — L. 1; L. 11, D., *De capite minutis*, 4-5).

De ces trois degrés de *capitis deminutio*, les deux premiers seuls atteignent également les Romains et les pérégrins; le troisième reste propre aux Romains. En effet, si les pérégrins ont le *status li-*

(1) On a prétendu que la *capitis deminutio* ne devait atteindre ni les enfants de l'adrogé ni les filles de famille qui tombent *in manum* sous prétexte que dans ce cas, la personne ne subissait aucun amoindrissement dans son état ou dans sa capacité. Mais cette assertion se trouve contredite tant par les principes généraux que par les textes les plus formels (L. 3, pr., D., *De capite minutis*, 4-5. — *Ulpien*, R., t. XI, § 13).

bertatis et parfois un certain *status civitatis*, les Romains seuls peuvent avoir le *status familiæ*.

§ II.

Effets de la capitis deminutio.

La *capitis deminutio*, triple dans sa cause, est une dans ses conséquences. Si des résultats divers paraissent en découler, il n'y a là qu'une illusion dont il faut se défendre. Car la *capitis deminutio* n'est pas la perte de la liberté, ni la perte de la cité, ni la perte de la famille. Elle n'est que l'effet de ces événements, tantôt isolé, tantôt accompagné d'autres effets coïncidents.

La *capitis deminutio* n'exerce aucune influence sur les droits politiques ou publics, *jus suffragii, jus honorum*. Si donc ils disparaissent lors d'une *deminutio maxima* ou *media*, c'est que cette disparition provient de la destruction d'une qualité qu'ils nécessitent, la qualité de citoyen romain; mais ce n'est pas elle qui les éteint (L. 5, § 2, D., *De capite minutis*, 4-5).

Dans la sphère du *jus privatum*, les conséquences propres de la *capitis deminutio* tiennent à l'idée qu'elle modifie la personnalité juridique. Dès lors elle anéantit les droits de création légale et laisse subsister ceux qui consistent *in facto potius quam in jure*, c'est-à-dire qui dérivent d'une relation naturelle ou correspondent à des faits.

Droit classique. — Ainsi, dans le droit classique, disparaissent par la *capitis deminutio* : 1° l'agnation et la *gentilitas*, du même coup la puissance paternelle, la tutelle légitime et les droits héréditaires du *jus civile;* 2° les droits attachés à la personne elle-même, comme les *jura patronatus* en général, l'usufruit, l'usage, la créance d'un associé dans une société, la créance née d'une *adstipulatio;* 3° le testament du *capite minutus* et le *judicium legitimum* qu'il aurait intenté; 4° ses dettes, hormis celles qui sont nées de son délit, et sous la réserve de remèdes prétoriens que nous examinerons (*Inst.*, L. I, t. XVI, *De capitis demin.*, § 3. — *Gaius*, II, 145; III, 51, 145, 153. — L. 2, § 2, D., *De capite minutis*, 4-5).

Au contraire, subsistent malgré la *capitis deminutio* : 1° la cognation et les droits qui en dérivent quand elle ne résulte pas seulement de l'agnation dissoute, comme dans l'adoption; mais les

droits de succession attachés à la qualité de cognat sont nécessairement éteints dans le cas de *maxima* ou *media deminutio*, parce qu'il faut être citoyen pour hériter; 2° les obligations naturelles et celles qui n'engendrent qu'une action *in factum*, la dette de restitution de la dot; 3° le droit déduit dans un *judicium imperio continens* ainsi que les *operæ servorum* et le *jus habitationis*. Quant au mariage du *capite minutus*, il se dissout par la chute en esclavage ou se transforme en *matrimonium injustum* par la perte de la cité (*Inst.*, L. I, t. XVI, *De capit. demin.*, § 6. — *Gaius*, I, 135, 158; III, 83. — L. 7, §§ 1, 8, D., *De capite minutis*, 4-5).

Droit de Justinien. — Justinien conserve à la *maxima* et à la *media capitis deminutio* tous ceux de leurs anciens effets qui sont encore possibles dans sa législation; seulement la servitude *pœnæ* ne dissout plus le mariage.

Quant à la *minima capitis deminutio*, elle n'a plus dans le dernier état du droit qu'une existence purement nominale. La perte de l'agnation, qui en était l'effet le plus important, devient impossible du jour où la Novelle 118, en 543, a supprimé la famille civile. La *gentilitas* et le *judicium legitimum* ont dès longtemps disparu. Quant à l'anéantissement de l'usufruit, de la société, du testament, des dettes, on verra sur chacune de ces matières que l'empereur ne l'admit plus. Que reste-t-il donc des anciens effets de la *minima capitis deminutio?* Peut-être, l'extinction des *jura patronatûs* et encore, n'est-ce pas là un point absolument démontré (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 3. — L. III, t. XXV, *De societate*, § 4. — L. II, t. XVII, *Quibus modis testamenta*, § 6).

DEUXIÈME PARTIE.

ÉTUDE DES CHOSES ET DU PATRIMOINE.

(*Inst.*, L. II ; III ; IV, t. I à V.)

La théorie des personnes correspond à l'étude des personnes considérées dans leur état et leur capacité ; c'est l'étude des droits de famille, droits pécuniairement inappréciables.

La théorie des choses correspond, au contraire, à l'étude des personnes considérées dans leurs rapports juridiques avec les objets animés ou inanimés ; c'est l'étude du patrimoine et des droits qui le composent, droits appréciables en argent.

CHAPITRE I.

DÉFINITIONS ET DIVISIONS DES CHOSES.

(*Inst.*, L. II, t. I.)

Les droits sont établis en faveur des personnes et portent sur les choses ; ils ont les premières pour sujets et les secondes pour objets.

Les jurisconsultes n'ont pas à définir les choses en elles-mêmes,

dans leur substance ou dans leurs propriétés; ce vaste champ de recherches est le domaine disputé des sciences métaphysiques et naturelles. Notre œuvre, c'est d'envisager les choses dans leurs relations avec l'homme, destinées qu'elles sont à satisfaire ses besoins ou ses plaisirs, et, par conséquent, à devenir l'assiette de ses droits naturels et sociaux.

Aussi, dans le langage juridique et dans le sens technique, à Rome et partout, au temps antique et de nos jours, doit-on entendre par *chose*, *res*, tout ce qui est susceptible de faire l'objet d'un droit.

Cette notion première de la *res* envisagée au point de vue juridique comprend deux éléments : 1° il n'y a de chose que ce qui est extérieur à la personne, soit une matière animée ou inanimée, soit un fait, action ou abstention déterminée; 2° il faut en outre que cette matière ou que ce fait puisse devenir l'objet d'un droit; par exemple, si l'esclave est une chose, on ne peut en dire autant de l'homme libre, car étant le sujet désigné de tous les droits, il ne peut en être l'objet.

Mais ce même terme de *chose*, *res*, a revêtu des sens irréguliers. Il désigne souvent : 1° tout ce qui existe en réalité, susceptible ou non de supporter un droit, par exemple, l'air, la lumière, les astres, etc.; 2° de simples abstractions juridiques n'ayant qu'une existence purement intellectuelle; ainsi, dans ce sens, on appelle choses tous les droits reconnus par la loi, ce sont des *choses incorporelles* (*res incorporales*).

C'est à ces divers points de vue que la loi romaine indique plusieurs *divisiones rerum*. En définitive, elles découlent toutes d'une idée fondamentale, car on n'étudie les choses et leurs divisions que pour arriver à la détermination des droits qui peuvent les frapper. La logique nous impose donc une méthode nouvelle. Pour connaître les personnes, nous avons dû les ranger et les examiner par catégories; car chaque classe avait sa condition. Mais les choses se prêtent ou se refusent toutes aux mêmes droits en général, et, puisque le jurisconsulte se borne à les considérer au point de vue de leur utilité juridique, sa tâche est vite tracée. Aux divisions des choses suffit un rapide exposé préliminaire, et toute l'attention doit se consacrer ensuite aux droits qui s'y rattachent.

Or, si les *divisiones rerum* sont assez nombreuses, on peut néanmoins les ramener à trois principales : l'une est tirée du rapport des

choses avec les personnes, une autre résulte de la nature même des choses, enfin une troisième dérive d'une disposition plus ou moins arbitraire du législateur.

PREMIÈRE SECTION.

DIVISION TIRÉE DU RAPPORT DES CHOSES AVEC LES PERSONNES.

Cette division est la plus générale, elle s'exprime de deux manières; on dit d'abord que les choses sont, *in commercio*, ou *extra commercium;* on dit encore que les choses sont *in patrimonio* ou *extra patrimonium* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divisione rerum*, pr. — *Gaius*, II, 1).

Rigoureusement, chacune de ces expressions a un sens différent : la première locution, *in commercio* ou *extra commercium* se réfère à la possibilité ou à l'impossibilité d'une appropriation privée, elle s'occupe non pas de ce qui est mais de ce qui peut être; à ce titre, les animaux sauvages sont *in commercio*, susceptibles qu'ils sont de devenir la propriété du premier occupant. La seconde locution, *in patrimonio* ou *extra patrimonium* s'occupe de la composition actuelle d'un patrimoine donné, elle se réfère non pas à ce qui peut être mais à ce qui est; ainsi, les animaux sauvages, tant qu'ils ne sont pas pris, sont *extra patrimonium.* Toutefois, comme cette distinction ne présente pas d'intérêt pratique, la plupart des interprètes s'inspirant en cela du langage même de Justinien considèrent ces deux locutions comme absolument synonymes.

Donc, une chose est dite *in commercio* ou *in patrimonio* lorsqu'elle est susceptible de faire l'objet d'un droit quelconque, propriété, possession, droit réel ou de créance; elle est au contraire dite *extra commercium* ou *extra patrimonium* lorsqu'elle répugne à toute appropriation privée (1).

En principe et suivant leur destination naturelle, toutes les choses sont dans le commerce; elles prennent alors le nom spécial de *bona* ou de *pecunia* (L. 5; L. 39, D., *De verbor. signif.*, 50-16).

(1) Le *commercium* ainsi entendu diffère profondément de l'antique *jus commercii* déjà signalé plus d'une fois, et qui est la faculté de figurer dans une mancipation ou tout acte *juris civilis.*

Nous n'avons pas à nous occuper d'une manière particulière des choses *in commercio;* il nous suffira d'étudier les choses qui sont hors du commerce. Il faut cependant faire observer que la ligne de démarcation entre les *res in commercio* et les *res extra commercium* n'est pas immuable. En effet, les choses *extra commercium* tombent dans le commerce, dès qu'elles ne sont plus affectées à un usage public. A l'inverse, il arrive parfois que les choses *in commercio* sortent du commerce, soit pour un temps et dans certaines limites, comme les fonds dotaux, soit à l'égard de certaines personnes, comme les fonds provinciaux que ne peuvent acquérir les fonctionnaires ou militaires de la province, et les biens que ne peut acquérir le tiers chargé de les administrer en qualité de mandataire, tuteur ou curateur (L. 62, D., *De contr. empt.*, 18-1. — L. 22, C., *De jure dotium*, 5-12).

Les *res extra commercium vel extra patrimonium* se partagent en quatre catégories; ce sont : 1° les *res communes;* 2° certaines *res publicæ;* 3° certaines *res universitatis;* 4° les *res nullius* ou *divini juris* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divisione rerum*, pr. — L. 2, D., *De div. rer.*, 1-8).

§ I.

Res communes.

On appelle *res communes* les choses qui, par leur nature, échappent à une appropriation exclusive, mais dont l'usage est commun à tous. Sans parler des astres, qui se dérobent aux classifications juridiques, on peut indiquer quatre choses communes: l'air, l'eau courante, la mer et son rivage (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 1, 3, 5. — Conf., C. C., art. 714).

L'*air* (*aer*), considéré dans son ensemble et comme masse flottante, ne saurait faire l'objet d'un droit exclusif pour un individu ni pour un peuple, il échappe à toute appropriation privée; mais chacun peut en user suivant ses besoins.

L'*eau* suit la même règle; fixe ou dormante, elle peut bien appartenir au maître du sol qui la soutient; mais, courante, elle est et doit rester à la disposition de tous. Aussi les jurisconsultes romains ne qualifient-ils de commune que l'*aqua profluens*.

La *mer* (*mare*) est inappropriable, comme eau courante et comme eau dormante; de son caractère de *res communis*, on conclut que

le droit d'y naviguer et d'y pêcher profite à tout le monde; on en conclut encore que l'île qui se forme dans la mer, *insula in mari nata*, n'appartient à personne, elle devient la propriété du premier occupant (L. 2, § 9, D., *Ne quid in loco publico*, 43-8. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 22).

Le *rivage de la mer*, c'est la portion de côte que couvrent les plus hautes marées, *est littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit;* cette définition célèbre est attribuée par Celsus à Cicéron qui en reporte l'honneur à son ami Aquilius Gallus (Cicéron, *Topiques*, n° 7. — L. 96, D., *De verb. sign.*, 50-16. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 3).

Puisque le rivage est commun, on a le droit d'y sécher ses filets, de s'y promener, d'y amarrer un bateau et d'y établir des cabanes. On devrait même avoir le droit d'y élever des constructions, mais les nécessités de l'ordre public et les besoins de la navigation ont fait ici fléchir les principes. On subordonne le droit de bâtir sur le rivage à l'autorisation préalable du magistrat, qui devra sauvegarder l'intérêt de la navigation ou de l'abordage, et les situations antérieurement acquises. Le constructeur non autorisé serait passible d'un *interdictum* de la part de toute personne intéressée (1); il pourrait même être contraint à la démolition par le magistrat; dans tous les cas, il serait soumis à des dommages-intérêts, ou même à une redevance annuelle. Du reste, la construction appartient au constructeur avec le sol qui la supporte; mais cette portion de rivage redevient commune dès l'instant de la démolition, par une extension curieuse du *jus postliminii* (L. 50, D., *De acquir. rer. dom.*, 41-1; L. 6, pr., D., *De divis. rer.*, 1-8; L. 2, § 17, D., *Ne quid in loco publ.*, 43-8).

§ II.

Res publicæ.

Les *res publicæ* sont celles qui appartiennent à l'État, au peuple romain; on en distingue deux espèces. Le domaine de l'État se compose en effet de deux classes de biens. Les uns forment son domaine privé, on les appelle *res patrimonii* ou *patrimonium populi vel fisci*;

(1) Cet interdit sera l'interdit *Ne quid in loco communi fiat.*

tels sont : les terres conquises sur l'ennemi, les prisonniers de guerre, les biens faisant partie d'une succession vacante ou compris dans une confiscation ; l'État les possède en qualité de personne morale, et au même titre qu'un particulier, il peut les exploiter, les aliéner, en disposer et il y trouve une source de revenus, ce sont des *res in commercio*. Les autres biens de l'État forment son domaine public, ils sont inaliénables et imprescriptibles, ils sont affectés à l'usage public et cette destination les enlève à toute appropriation privée, si bien que l'État n'en est pour ainsi dire que le propriétaire théorique. Ces biens sont *extra commercium* et ce sont les seuls qui méritent véritablement le nom de *res publicæ* (L. 72, § 1, D., *De contr. empt.*, 18-1. — Conf., C. C., art. 538-541).

Parmi les choses du domaine public (*res publicæ*), les unes doivent ce caractère à la détermination de la loi ou à l'usage; telles sont : les routes, les rues, les places et les forteresses, les autres tiennent, au contraire, leur manière d'être de la nature elle-même; telles sont : les fleuves et les ports. Quelques mots suffiront sur les fleuves et sur les routes.

Les fleuves, *flumina*, sont publics par opposition aux ruisseaux, *rivi*, qui appartiennent aux riverains; la distinction entre eux est une simple distinction de fait basée uniquement sur l'importance du cours d'eau. D'ailleurs, tous les fleuves ne font pas partie du domaine public, on ne doit y classer que les cours d'eau qui ne se tarissent jamais, *flumina perennia* et non pas les cours d'eau intermittents, les torrents, *hyeme fluentia*. Le droit romain, contrairement à notre législation moderne, n'a donc pas cherché le signe du domaine public dans la navigabilité ou la flottabilité. D'ailleurs l'eau du fleuve est commune, en sa qualité d'*aqua profluens* ; le lit du fleuve, *alveus*, est tantôt la propriété des riverains, tantôt dépourvu de maître, comme on le verra bientôt ; en conséquence, le fleuve n'est *res publica* que dans sa forme vivante et dans son individualité complexe. Il résulte de là que tout le monde peut y pêcher et y naviguer. Quant aux rives des fleuves déterminées par le volume normal des eaux, le sol en appartient aux riverains avec les arbres qu'il produit ; mais l'usage en est public dans l'intérêt de la navigation pour y passer, y décharger des bateaux, les amarrer aux arbres, etc. ; c'est une sorte de servitude légale (L. 4, § 1, D., *De divis. rer.*, 1-8 ; L. 1, D., *De fluminibus*, 43-12. — *Inst.*, L. II, T. I, *De divis. rer.*, §§ 2, 4. — Conf., C. C., art. 538).

Les routes publiques sont : 1° les *viæ militares* ou *publicæ*, routes impériales, consulaires ou prétoriennes, construites aux frais du trésor public, qui conduisent soit à des voies pareilles, soit à la mer, soit à des fleuves, soit à des villes; 2° les *viæ vicinales*, généralement construites au moyen de corvées ou journées de prestation, qui existent dans les campagnes ou conduisent aux villages; 3° les *viæ agrariæ*, construites aux frais des particuliers, lorsqu'elles aboutissent à une *via publica* (L. 2, §§ 22, 23, D., *Ne quid in loc. public.*, 43-8. — L. 1, C., *De coll. fund.*, 11-64).

Les *res publicæ* étant affectées ou à un service public ou à l'usage de tous les habitants, étaient protégées par une *actio injuriarum* et par des interdits généraux ou spéciaux au profit des particuliers; si ceux-ci n'agissaient point, les magistrats armés d'un pouvoir discrétionnaire pouvaient, ou imposer aux contrevenants la destruction de tout ouvrage établi sur un endroit public, ou les soumettre au paiement d'une redevance, *solarium* (L. 2, §§ 7, 17, D., *Ne quid in loc. public.*, 43-8).

§ III.

Res universitatis.

On appelle *universitas* un être collectif et fictif, c'est-à-dire une personne morale qui se forme de la réunion de plusieurs personnes physiques. Il n'est pas libre à tous de se constituer ainsi en corporation, *corpus habere*; les Romains ont toujours exigé l'intervention d'un acte législatif pour donner existence à ces fictions (L. 1, D., *Quod cujuscumque*, 3-4).

Les *universitates* sont nombreuses; en laissant de côté la première et la plus vaste d'entre elles, qui est le peuple Romain ou l'État, on peut citer diverses corporations ou *collegia* de prêtres, de publicains, d'artisans, certaines sociétés (*societates publicæ*) et principalement les cités, *civitates*, *municipia*.

Les biens des cités appellent la même distinction que les biens de l'Etat, ils sont du domaine public ou du domaine privé. Ainsi les esclaves que la cité recueille par voie de legs ou de donation, et toute autre chose qu'elle exploite comme ferait un particulier, restent dans le commerce; mais sont *extra commercium* les stades, les théâtres, les bains, en un mot, tout ce qui se trouve affecté aux

besoins généraux. Peut-être les autres corporations voyaient-elles leurs biens soumis à la même division, selon qu'ils étaient ou non destinés à l'usage collectif des membres (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 6. — Conf., C. C., art. 542).

§ IV.

Res nullius.

L'expression de *res nullius* est employée dans plusieurs acceptions différentes. Souvent elle désigne une chose non susceptible d'appropriation individuelle, et devient alors synonyme de *res extra commercium*. Tantôt elle s'applique à des *res in commercio* qui n'ont pas de maître pour le moment, comme le gibier, une succession non encore acceptée, etc. Enfin, dans un sens plus spécial, elle embrasse les *res divini juris*, par opposition aux *res humani juris;* c'est en ce sens qu'il faut la prendre avec Justinien (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 7).

La division des choses en *res divini juris* et *res humani juris* fut anciennement la plus importante de toutes, au temps où les pontifes avaient sur les premières un droit de surveillance et de juridiction qui ne leur appartenait pas sur les *res humani juris* (*Gaius*, II, 2).

Mais, dans le droit des Institutes, cette division a perdu de son ancienne importance; Justinien se borne à en parler incidemment à propos des *res extra commercium*. Or, les *res nullius* ou *divini juris* se partagent en trois catégories, *res sacræ, res religiosæ* et par assimilation les *res sanctæ*.

I. **Res sacræ.** — Les *res sacræ* sont pour le paganisme les choses consacrées aux dieux d'en haut, *diis superis;* ce caractère auguste leur est imprimé par une *consecratio* ou *dedicatio* qui émane des pontifes, et qu'ils ne peuvent communiquer aux immeubles sans une autorisation législative. Depuis le triomphe du christianisme, les *res sacræ* sont les choses consacrées à Dieu par les évêques; Justinien n'exige plus aucune permission préalable de l'autorité (*Gaius*, II, 4, 5. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 8. — Nov. 67, ch. 1; Nov. 131, ch. 7).

Au point de vue civil, les *res sacræ* sont hors du commerce et ne sauraient donc faire l'objet d'aucun droit réel ni de créance. Par une

dérogation spéciale aux meubles, Justinien en permet l'aliénation dans certains cas limités, notamment pour racheter des captifs, pour payer les dettes de l'établissement religieux auquel ils appartiennent, et probablement aussi pour nourrir les pauvres en temps de famine. Au point de vue pénal, la violation d'une *res sacra* constitue le crime de sacrilège, diversement puni suivant le fait et la personne (L. 1, 3, 4, D., *Ad legem Juliam peculatus*, 48-13. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 8).

Les *res sacræ* demeurent telles à perpétuité; la ruine d'un temple ne rendra pas le sol profane. Deux causes peuvent seules effacer l'empreinte de la consécration. C'est d'abord l'*exauguratio*, cérémonie inverse de la *dedicatio*. C'est ensuite l'occupation ennemie, qui écarte les dieux nationaux d'un lieu désormais souillé, mais l'effet de la conquête n'est que provisoire, et cesse avec l'invasion (L. 36, D., *De religiosis*, 11-7. — Pline, *Lettres*, X, 24).

II. **Res religiosæ.** — Les *res religiosæ* sont les choses consacrées aux dieux d'en bas, *diis inferis*, c'est-à-dire aux dieux mânes; c'étaient les âmes des morts. Le christianisme, tout en proscrivant ces divinités comme les autres, conserva cependant le respect si naturel des tombeaux. Aussi les *res religiosæ* existent encore dans le dernier état du droit romain; ce sont toutes les choses qui ont été régulièrement consacrées au culte des morts et à leur sépulture (*Gaius*, II, 4. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 9).

Tandis qu'il faut l'intervention sacerdotale pour faire des *res sacræ*, la volonté d'un simple particulier peut faire des *res religiosæ*. Ce résultat dépend néanmoins de quatre conditions précises : 1° le terrain doit être légalement propre à recevoir une inhumation; or une disposition de la loi des Douze-Tables applicable à la ville de Rome, mais étendue par une décision d'Adrien au territoire de toutes les cités, défendait sous des peines sévères de souiller la cité et son culte en y enterrant un mort, *ne funestaret sacra* (1); 2° l'inhumation ne doit violer aucun droit réel de propriété, copropriété, usufruit, gage, etc.; la personne lésée peut à son choix solliciter, soit du prince, soit des pontifes, l'autorisation d'enlever le cadavre,

(1) Cette prohibition que nous serions assez tentés d'expliquer aujourd'hui avec nos idées modernes, par un motif d'hygiène et de salubrité, fut en réalité inspirée par un préjugé religieux; on voulait éviter que les dieux mânes se trouvassent en contact avec les dieux nationaux habitant la cité (*Paul*, S., L. I, XXI, § 2).

ou réclamer la réparation du préjudice par une action prétorienne *in factum;* 3° l'inhumation doit être réelle, c'est-à-dire consister dans le dépôt matériel des restes humains, corps ou cendres; un cénotaphe, *tumulus inanis,* n'est donc pas religieux; 4° l'inhumation doit être faite à perpétuité, pour donner aux dépouilles du défunt une demeure fixe (*Gaius*, II, 6. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 9).

Du reste, le caractère religieux de la sépulture disparaît soit provisoirement par l'occupation ennemie, soit définitivement par l'enlèvement des restes, en vertu d'une permission du magistrat ou de l'empereur (*Paul*, S., L. I, t. XXI, § 2. — L. 2; L. 6, § 1; L. 39; L. 44, D., *De religiosis*, 11-7).

Au point de vue civil, les *res religiosæ* sont hors du commerce, et non susceptibles d'une aliénation, d'une revendication ou d'un partage. Cependant elles font l'objet, contrairement aux *res sacræ*, d'un véritable droit privé qui a le nom de *jus sepulcri;* ainsi, ce droit peut être légué, il est transmissible aux héritiers, quand il s'agit d'un *sepulcrum hereditarium*, à tous les membres de la famille quand il s'agit d'un *sepulcrum familiare;* enfin, il peut faire l'objet d'une certaine indivision et appartenir à plusieurs ayants droit (*sepulcrum commune*). Des textes contradictoires le déclarent même, les uns prescriptible, les autres imprescriptible (L. 4, D., *De mortuo infer.*, 11-8; L. 6, C., *De religiosis*, 3-44).

Au point de vue pénal, la violation des *res religiosæ* ne constitue pas le crime de sacrilège, et ne donne lieu qu'à une *actio popularis de sepulcro violato;* il en résulte une peine pécuniaire et l'infamie (L. 1, 3, pr., D., *De sepul. violat.*, 47-12).

III. **Res sanctæ.** — Les *res sanctæ* n'appartiennent au droit divin que par assimilation. Ce ne sont pas, quoi qu'en dise Justinien, celles que la menace d'une sanction garantit contre les entreprises des hommes; car à ce compte, seraient *res sanctæ* les ambassadeurs, les tribuns du peuple, la vie humaine, la réputation des citoyens, les choses sacrées ou religieuses, etc. Les Institutes livrent la clef du problème, en donnant pour exemple de *res sanctæ* les remparts et les portes des villes. En effet, aux époques antiques, surtout dans l'Italie, la fondation des villes était accompagnée de solennités pieuses, qui avaient pour objet d'en déterminer l'enceinte. Les dieux de la cité venaient alors y fixer leur séjour, et l'on renouvelait annuellement des cérémonies analogues pour les retenir; à

Rome, cette tradition plus ou moins fabuleuse expliquait la fête célèbre des murs, *amburbalia*. Rien d'étonnant alors que les portes et les remparts des villes, ayant été l'objet d'une cérémonie religieuse particulière, ne fussent pas considérés comme choses profanes. On s'élève sans peine de cette remarque à la définition; les *res sanctæ* sont les choses consacrées par un acte religieux, mais dont nulle attribution spéciale n'a été faite à une divinité précise; elles diffèrent par ce dernier trait des *res sacræ vel religiosæ* (L. 2, D., *Ne quid in loco sacro*, 43-6. — Festus, *De verb. sign.*, v° *Amburbalia*).

Toutes les *res nullius*, *sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*, appellent une remarque intéressante. Chez nous, dans notre loi moderne, les objets consacrés au culte appartiennent à la personne qui a opéré l'affectation, Etat, commune ou fabrique; comment comprendre qu'en droit romain ils n'appartiennent à personne, et qu'un temple, un tombeau, surtout les murs et les portes des villes n'aient pas de maîtres reconnus? Peut-être, faut-il accepter l'explication suivante. Aux yeux des Romains, la propriété était la puissance absolue; elle emportait le droit de consommer et détruire, *abusus*. Cette conception ne parut pas applicable aux choses *divini juris*; entrées dans le domaine de la divinité, elles étaient entièrement étrangères au domaine de l'homme. Pour un peuple essentiellement religieux, il y avait dans cette théorie un sûr moyen de mettre à l'abri de toute injure le culte et ses divers instruments ou symboles (Conf., C. C., art. 537-543).

DEUXIÈME SECTION.

DIVISIONS TIRÉES DE LA NATURE DES CHOSES.

En s'attachant à leur nature physique, on voit que les choses sont susceptibles de deux classifications principales; elles se divisent, d'une part, en choses corporelles ou incorporelles, d'autre part, en meubles ou en immeubles.

§ I.

Choses corporelles et incorporelles.

Les choses de création naturelle ou juridique, sont, en effet, corporelles ou incorporelles (*Inst.*, L. II, t. II, *De rebus incorp.*, pr.).

I. — Les choses corporelles (*res corporales*) sont celles qui affectent extérieurement les sens, qu'on peut voir ou toucher, *quæ tangi possunt;* telles sont : les fonds de terre, les animaux, les vêtements, l'or et l'argent. Il faut aussi y classer les esclaves, car bien que l'esclave soit une personne à certains points de vue, nous savons déjà qu'il est susceptible d'une véritable propriété et qu'à ce titre il peut figurer dans un patrimoine (*Inst.*, L. II, t. II, *De rebus incorp.*, § 1).

II. — Les choses incorporelles (*res incorporales*) sont les abstractions saisissables uniquement à l'intelligence, *quæ tangi non possunt.* Le domaine en paraît infini, puisqu'il n'y a pas de bornes à notre imagination; mais cette manière de les concevoir est purement philosophique. Pour les jurisconsultes, dont chaque distinction doit répondre à quelque utilité réelle, les choses incorporelles ne sont ni les notions exclusivement théoriques comme le temps et l'espace, ni même les droits inappréciables en argent comme la puissance paternelle, la tutelle, le mariage. Cette classe ne comprend en réalité que les droits pécuniairement appréciables. A ce point de vue s'expliquent aisément les énumérations romaines des *res incorporales;* Gaius et Justinien nous citent en effet comme choses incorporelles : l'usage, l'usufruit, les servitudes prédiales, les créances et les hérédités (*Gaius*, II, 12-14. — *Inst.*, L. II, t. II, *De rebus incorp.*, §§ 2, 3) (1).

Ici prend naissance un problème depuis longtemps résolu. La propriété, droit susceptible d'une évaluation pécuniaire, et le plus important de tous, n'est pas comprise parmi les choses incorporelles. Cette anomalie juridique n'est pas propre à la législation romaine, on la rencontre aussi dans notre droit français; elle est le résultat d'une habitude invétérée de langage. La propriété, qui est

(1) Ulpien cite parmi les choses incorporelles la tutelle légitime de l'affranchie, *tutela legitima libertæ,* ce qui prouve que, de son temps, elle pouvait encore faire l'objet d'un cession (*Ulpien,* R., t. XIX, § 11).

le droit le plus absolu qu'on puisse avoir sur une chose, s'incorpore et s'identifie avec son objet; l'un et l'autre sont inséparables, au point qu'on les confond en disant *ma terre*, *ma maison*, *mon cheval;* ces locutions ne laissent aucun doute sur le droit indiqué, bien qu'elles n'en contiennent pas le nom. Au contraire, s'agit-il de tout autre droit, servitude, hypothèque, créance; il ne sera connu qu'une fois nommé; on dira *ma servitude sur tel fonds*, *mon hypothèque sur telle chose*, *ma créance sur tel débiteur*.

Dès lors, notre division revient à confondre le premier de tous les droits avec ce qui en est frappé; on oppose la propriété, sous l'apparence et la désignation de chose corporelle, à tous les autres droits qualifiés de choses incorporelles. L'intérêt pratique de cette conception, évidemment fausse en théorie, c'est que les *res incorporales* ne sont à proprement parler susceptibles ni de propriété ni de possession (L. 3, D., *De acquir. rer. dom.*, 41-2; L. 4, § 27, D., *De usurp. et usuc.*, 41-3. — Conf., C. C., art. 2228).

§ II.

Meubles et immeubles.

Une autre division également tirée de la nature physique des choses les divise en meubles et en immeubles.

Meubles. — Les meubles sont les choses qui sont susceptibles de se mouvoir par elles-mêmes, comme les esclaves et les animaux, ou d'être déplacées par l'effet d'une force extérieure comme une table, une somme d'argent; on les appelle *res mobiles* ou *res se moventes* (L. 1, C., *De usucap. transf.*, 7-31).

Immeubles. — Les immeubles sont les fonds de terre et tous leurs accessoires (*prædia*, *fundi*, *res soli*).

On distingue d'ailleurs plusieurs catégories d'immeubles : les immeubles par nature, les immeubles par incorporation et les immeubles par destination. Les immeubles par nature sont les fonds de terre, le sol; les immeubles par incorporation sont les meubles incorporés au sol, organiquement comme les arbres et les plantes, artificiellement comme les maisons et les constructions quelconques; enfin les immeubles par destination sont les objets mobiliers, attachés à un immeuble pour son service ou son exploitation

A un autre point de vue, les immeubles ou *prædia* se subdivisent

en *prædia urbana* ou *rustica* et en fonds *italiques* ou *provinciaux*.

La qualification de *prædia urbana* ou *rustica* n'a pas un sens absolument fixe en droit romain; tantôt, en effet, on entend sous le nom de *prædia urbana* les immeubles situés en ville et sous le nom de *prædia rustica* les immeubles situés à la campagne; c'est dans ce sens que cette double expression est prise par le sénatusconsulte de Septime Sévère relatif à l'aliénation des biens des incapables. Tantôt au contraire, on appelle *prædia urbana* les immeubles bâtis, quelle que soit leur situation, et *prædia rustica* les fonds non bâtis, situés soit à la ville, soit à la campagne; ce second sens est usité dans la théorie des servitudes (*Inst.*, L. II, t. III, *De servit.*, pr., § 1).

Les fonds *italiques* sont les immeubles situés en Italie ou dans les pays jouissant du *jus italicum;* ils sont seuls susceptibles de propriété quiritaire et de servitudes prédiales; seuls aussi, ils sont en principe exempts de l'impôt foncier. Les fonds *provinciaux* sont les fonds qui ne jouissent pas du *jus italicum;* ils ne sont susceptibles ni de *dominium* ni de servitudes véritables; la propriété en appartient théoriquement au peuple ou à l'empereur, et les habitants n'ont qu'un droit de possession et de jouissance (*Gaius*, II, 7) (1).

Cette organisation de la propriété dans les provinces avait été imaginée pour que l'État pût frapper les fonds *provinciaux* d'un impôt (*tributum, stipendium*) dont les fonds *italiques* furent exempts pendant de longs siècles. Du reste, cette distinction formellement abrogée par Justinien n'existait plus en fait longtemps avant cet empereur (L. 1, C., *De nudo jure Quir.*, 7-25) (2).

La division des biens en meubles et en immeubles n'eut jamais en droit romain ni la portée générale ni l'importance juridique que lui a reconnues la législation française. Cependant les jurisconsultes romains ne la limitèrent pas aux seules choses corporelles, ils l'appliquèrent aussi à certains droits réels qui furent traités de mobiliers ou d'immobiliers suivant la nature de leur objet; il est certain toutefois qu'ils n'y firent jamais rentrer ni les hérédités ni les créances. D'ailleurs, cette distinction ne laisse pas que de présenter un

(1) Gaius, parlant des fonds provinciaux, s'exprime ainsi :... *in eo solo dominium populi romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmus* (*Gaius*, II, 7).

(2) Voir sur le *jus italicum* la très intéressante étude publiée par E. Beaudouin dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* (années 1881, 1882).

assez grand nombre d'intérêts pratiques dans plusieurs théories particulières, et notamment dans les théories de la possession, de l'occupation, de la mancipation, de l'usucapion, de la dot, du gage du *furtum* et des interdits (L. 7, §§ 3, 5, D., *De reb. eorum qui*, 27-9; L. 222, D., *De verb. sig.*, 50-16. — *Gaius*, II, 55. — Conf., C. C., art. 516-536).

On pourrait encore indiquer plusieurs autres classifications moins importantes, également tirées de la nature des choses. Aussi les choses peuvent être : *fongibles* ou non, *consumptibles* ou non, *divisibles* ou *indivisibles, simples* ou *composées, principales* ou *accessoires,* etc. Ces divisions ou subdivisions qu'il est inutile de développer ici sont fécondes en conséquences pratiques qu'on appréciera plus loin.

TROISIÈME SECTION.

DIVISION DES CHOSES FONDÉE SUR UNE DISPOSITION DE LA LOI.

Res mancipi et nec mancipi.

Les divisions jusqu'ici parcourues, provenaient plus ou moins directement de la nature; elles s'imposaient en quelque sorte au législateur qui n'avait qu'à les accepter et à les sanctionner. Mais, on trouve en droit romain une autre classification juridiquement très importante et qui cependant n'a d'autre fondement et d'autre raison d'être que la volonté de la loi; il s'agit de la célèbre division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*.

Cette division, probablement aussi ancienne que la législation romaine, puisqu'elle fut formellement consacrée par la loi des Douze-Tables, est certainement la plus artificielle et la moins naturelle de toutes celles que les textes nous font connaître. Aussi, est-il à peu près impossible de donner des choses qui la composent une définition véritablement satisfaisante; nous ferons comme les jurisconsultes romains, nous procéderons par énumération.

Dans cette classification, les *res mancipi* forment l'exception, tandis que les *res nec mancipi* forment la règle; la preuve c'est que les textes procèdent toujours par voie d'énumération limitative quand ils parlent des *res mancipi* (*Gaius*, II, 15-17. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 1).

La classe des *res mancipi* comprend, en effet, les quatre catégo-

ries qui suivent : 1° les immeubles situés en Italie ou dans les pays jouissant du *jus italicum ;* 2° les servitudes prédiales rurales ; 3° les esclaves ; 4° les bêtes de trait ou de somme, *animalia quæ collo dorsove domantur,* c'est-à-dire les bœufs, les chevaux, les mulets et les ânes. Les esclaves et les bêtes de somme ou de trait sont *res mancipi* partout, en province comme en Italie; on peut seulement induire de quelques textes que ce caractère ne leur appartient pas dans les rapports des Romains avec les pérégrins, ni dans les rapports des pérégrins entre eux. Toutes les autres choses qui ne figurent pas dans l'énumération qui vient d'être faite, rentrent dans la classe nombreuse des *res nec mancipi. Ceteræ res nec mancipi sunt* (*Gaius*, II, 15. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 1. — F. V., § 47).

Les intérêts pratiques de cette distinction capitale, se résument dans cette idée que les *res mancipi* sont soumises à la protection spéciale de la loi, et que leur aliénation est régie par des formes plus rigoureuses. Trois règles le démontrent : 1° les *res mancipi* seules sont aliénables par voie de mancipation et ce procédé appliqué à une *res nec mancipi* serait complètement dénué d'effets (*Gaius*, II, 22) ; 2° la tradition ne suffit pas à transférer la propriété véritable des *res mancipi,* il en est autrement des *res nec mancipi* pourvu qu'elles soient corporelles (*Gaius*, II, 19) ; 3° les femmes pubères en tutelle ne peuvent pas aliéner leur *res mancipi* sans l'*auctoritas* de leur tuteur ; au contraire, elles sont pleinement capables d'aliéner leurs *res nec mancipi* sans restriction aucune (*Gaius*, I, 192). On voit par là que les *res mancipi* sont les choses non susceptibles de tradition, mais susceptibles de tous les autres modes d'acquérir, y compris la mancipation. A l'inverse, les *res nec mancipi* sont les choses non susceptibles de mancipation, mais susceptibles de tous les autres modes d'acquérir, y compris la tradition.

C'est une question assez délicate à résoudre que celle de rechercher quelle fut l'idée première qui présida à cette classification. Sans vouloir élucider ce problème juridique, et sans aucun esprit de système, on peut remarquer que la classe des *res mancipi* comprenait assurément les choses les plus précieuses pour un peuple primitif essentiellement adonné à l'agriculture comme le fut le peuple romain, au début de son histoire. Aussi doit-on penser que, si la loi romaine mit à part les *res mancipi,* ce fut afin d'entourer leur aliénation de solennités particulières qui en rendissent le dessaisissement plus difficile et qui donnassent au consentement de

l'aliénateur un caractère plus marqué de certitude. D'ailleurs et quoi qu'il en soit, ces idées devaient disparaître à mesure que la civilisation faisait pénétrer dans les mœurs le luxe et l'amour des richesses; les entraves apportées à l'aliénation des *res mancipi* d'abord considérées comme des mesures de protection, ne tardèrent pas à être regardées comme une véritable gène. C'est ainsi qu'on peut expliquer pourquoi les Romains, tout en conservant cette antique division, se refusèrent à la développer; aussi, lorsque les conquêtes de l'Asie et de l'Afrique leur eurent envoyé de nouvelles bêtes de somme ou de trait, comme les éléphants et les chameaux, se gardèrent-ils bien de les ajouter à la liste des *res mancipi*. Ce furent également les mêmes motifs qui firent admettre que la tradition d'une *res mancipi* ne resterait pas absolument inefficace (*Gaius*, II, 16, 41).

Ces considérations devaient amener et amenèrent en effet la disparition d'une classification aussi arbitraire; tombée en désuétude dans le droit du Bas-Empire, elle fut expressément abolie par Justinien (L. 1, § 4, C., *De usucap. transform.*, 7-31).

CHAPITRE II.

DÉFINITIONS ET DIVISIONS DES DROITS.

Le jurisconsulte, nous l'avons dit, n'étudie les choses que pour arriver à la détermination des droits qui les peuvent frapper. En conséquence, nous laisserons désormais de côté les *res extra commercium*, et notre examen ne s'attachera plus qu'au rapport des personnes avec les *res in commercio*.

Un droit, *jus*, dans le sens subjectif du mot, c'est la prétention, reconnue et garantie par le pouvoir social, d'un sujet capable sur une personne ou sur une chose qui dépend à quelques égards de sa volonté.

Seraient compris dans cette définition les droits pécuniairement inappréciables, qui s'exercent dans la sphère de la famile, *potestas dominica vel patria*, *manus*, *mancipium*, *tutela*, *cura;* mais elle s'applique surtout aux droits qui comptent dans les biens, aux droits qui forment le patrimoine.

Trois conditions sont nécessaires à l'existence d'un droit: 1° un

sujet qui en soit capable; 2° un objet qui en soit susceptible; 3° un fait légal d'acquisition.

Les droits pécuniaires ou patrimoniaux sont susceptibles de plusieurs divisions; on les divise d'abord en droits mobiliers ou immobiliers, suivant que l'objet sur lequel ils portent est un meuble ou un immeuble; mais, nous n'avons pas à nous arrêter à cette division qui offre peu d'intérêt en droit romain. Une autre division beaucoup plus importante les distingue en droits réels et en droits personnels ou de créance; nous devons l'étudier.

Droits réels et droits de créance. — Cette division des droits se tire de leur nature intrinsèque; aussi se rencontre-t-elle dans toutes les législations. Il est, en effet, certains droits qui établissent un rapport immédiat et direct entre le sujet et l'objet; cette subordination de la chose à la personne est complète dans la propriété, plus ou moins partielle dans les servitudes; mais elle a fait donner à ces droits le nom, qui leur est commun, de droits réels, *jura in re.* Il en est d'autres qui appartiennent à une personne, non plus directement sur une chose, mais sur une autre personne obligée envers la précédente, soit à donner, soit à faire, soit en termes généraux à rendre un service quelconque, à réaliser une prestation. On les a souvent appelés droits personnels ou *jura ad rem.* Mais, de ces deux expressions, la première est amphibologique, parce qu'on l'applique également aux droits réels intransmissibles (usufruit, usage); la seconde est étrangère aux Romains et trop étroite (1); mieux vaut donc les qualifier de droits de créance ou d'obligations.

On peut ramener à cinq les différences fondamentales entre les droits réels et les droits de créance :

Différences. — 1° Le droit réel est un rapport à deux termes, sujet actif et objet. Le droit de créance est un rapport à trois termes; dans toute créance, en effet, on trouve un sujet actif ou créancier, un sujet passif ou débiteur, et un objet dû.

2° Le droit réel suppose toujours et nécessairement un objet individuellement déterminé et connu d'avance. Le droit de créance peut avoir un objet indéterminé dans certaines limites, comme on le verra sur les obligations.

(1) La qualification de *jura ad rem* ne peut en effet s'appliquer aux obligations de faire ou de ne pas faire.

3° Le droit réel est *absolu*, le droit de créance est *relatif*. D'après l'explication habituelle, ces deux caractères signifieraient que le droit réel est opposable à tous, par conséquent exposé aux atteintes de tous, et muni d'une action contre le premier venu qui le viole; à l'inverse, le droit de créance, opposable au seul débiteur, n'est exposé qu'à ses atteintes et ne donne pas d'action contre d'autres que lui. Pour sentir l'inexactitude de ce langage, il suffit de considérer, au point de vue négatif, qu'un droit quelconque s'impose logiquement au respect de tout le monde; le titulaire d'une créance, aussi bien que d'une propriété ou d'une servitude, est donc armé contre quiconque sort de l'abstention et le gêne dans l'exercice de son droit. Le vrai sens de notre règle apparaît mieux au point de vue positif. Si le droit réel est qualifié d'absolu, c'est que le titulaire peut en poursuivre l'exercice sur la chose même qui en est frappée, en d'autres termes, contre tout possesseur ou détenteur de cette chose. Si le droit de créance est qualifié de relatif, c'est que le titulaire ou créancier ne le peut exercer qu'envers la personne obligée, en d'autres termes, contre le débiteur. De là résulte une supériorité du droit réel sur le droit de créance; c'est que le premier produit une action efficace tant que la chose, objet du droit, subsiste; au contraire, le second devient souvent illusoire par l'insolvabilité du débiteur. Des droits réels sans dettes sont une fortune, tandis qu'on peut être pauvre avec un actif net uniquement formé de droits de créances.

4° Dans le conflit entre plusieurs droits réels portant sur une même chose, le plus ancien prime le plus récent par application de la règle : *prior tempore, potior jure*. Au contraire, si plusieurs créanciers viennent en concours sur un même débiteur impuissant à les payer tous intégralement, aucun d'eux, en général, ne jouit d'une préférence (Conf., C. C., art. 2092, 2093) (1).

5° Les droits réels procurent directement et par eux-mêmes une utilité actuelle et immédiate à ceux qui en sont investis. Les droits de créance, à l'inverse, ne procurent aucune utilité par eux-mêmes; ils ne deviennent profitables et avantageux que par l'intermédiaire d'un tiers qui exécute la prestation promise.

(1) Il y a cependant des créanciers qui peuvent éviter la loi du concours; ce sont d'abord ceux qui ont eu soin de se faire donner des garanties réelles : gages ou hypothèques; ce sont ensuite ceux qui ont reçu de la loi un rang de faveur, on les nomme créanciers privilégiés.

Définitions. — Les caractères distinctifs des droits réels et de créance étant connus, nous pouvons maintenant arriver aux définitions. Le droit réel est le droit qui porte sans intermédiaire sur une chose individuellement déterminée, et dont l'exercice positif peut se poursuivre contre quiconque la détient. Le droit de créance est le droit qui tend à la chose par l'intermédiaire d'une personne obligée, et dont l'exercice positif ne peut se poursuivre qu'envers le débiteur. L'un et l'autre, d'ailleurs, exigent de tous un respect purement passif.

Les droits réels et les droits de créance, également susceptibles d'une appréciation pécuniaire, forment à ce titre les éléments du patrimoine. Le *patrimoine*, c'est l'ensemble des droits pécuniaires d'une personne, tant réels que de créance, tant actifs que passifs. Le mot patrimoine n'est pas synonyme de fortune, car souvent un patrimoine peut comprendre plus de passif que d'actif; il peut même ne comprendre que du passif.

On voit que l'étude des choses ou des droits revient à l'étude du patrimoine, laquelle embrasse trois parties : 1° droits réels considérés dans leurs natures, leurs espèces, leur acquisition, leur aliénation, et leur extinction; 2° droits de créance, étudiés sous les mêmes aspects; 3° transmissions du patrimoine, spécialement par la voie des successions testamentaires ou légitimes (1).

Enumération des droits réels. — Les droits réels sont civils ou prétoriens.

Les *droits réels civils* sont ceux qui ont été organisés et consacrés par le droit civil; ce sont : la propriété quiritaire, les servitudes prédiales que notre loi moderne appelle des services fonciers, les servitudes personnelles, c'est-à-dire, l'usufruit, l'usage, l'habitation et les *operæ servi aut animalis* (Conf., C. C., art. 543).

Les *droits réels prétoriens*, c'est-à-dire organisés ou consacrés par la jurisprudence du préteur, sont : la superficie, l'emphytéose, l'hypothèque et la propriété prétorienne ou l'*in bonis*.

Les Institutes traitent ici de la première classe, et ne s'occupent de la seconde qu'incidemment aux théories du louage et des actions. Cette marche sera la nôtre, parce qu'elle réunit des matières logi-

(1) Les Institutes et le Code civil ont eu le tort d'intercaler la troisième partie de l'étude du patrimoine avant la seconde et d'étudier la transmission du patrimoine avant de parler des créances. Néanmoins, nous suivrons l'ordre adopté par Justinien.

quement inséparables; nous dirons cependant quelques mots de *l'in bonis* en nous occupant du *dominium*.

Parmi les droits réels civils, de beaucoup les plus anciens et les plus importants, il faut mettre en relief la propriété, qui sert de type à tous les autres. Une fois étudiée dans ses divers détails, elle nous aura singulièrement facilité l'exposé des servitudes.

CHAPITRE III.

PROPRIÉTÉ.

Dans un langage incorrect et vague, on applique parfois la notion de propriété à tous les éléments du patrimoine, et l'on se dit propriétaire d'une servitude, d'une créance, d'un droit quelconque. Mais au sens juridique et technique, la propriété se spécialise, et n'est autre que le droit absolu et exclusif sur une chose corporelle. Elle s'appelait à Rome *dominium*, d'où l'on a fait *dominus*; quelquefois, plus rarement, les textes la qualifient de *proprietas* (L. 13, D., *De acquir. rer. dom.*, 41-1).

A l'origine, les Romains ne reconnurent qu'une seule propriété; la propriété quiritaire, le *dominium ex jure Quiritium*. Mais plus tard et sous l'empire de certaines considérations que nous aurons à apprécier, le préteur vint rompre cette unité, en créant, à côté du *dominium*, une sorte de propriété incomplète et inférieure qu'on appelle prétorienne ou *in bonis* (*Gaius*, II, 40).

PREMIÈRE SECTION.

PROPRIÉTÉ QUIRITAIRE.

La propriété quiritaire, ou plus simplement, le *dominium*, peut se définir : le droit absolu de se servir et de disposer d'une chose corporelle conformément à la loi; les commentateurs en ont donné la définition suivante : *dominium est plena in re potestas, quatenus juris ratio patitur* (Conf., C. C., art. 544).

Toutes les choses corporelles *in commercio*, à l'exception des anciens fonds provinciaux, sont susceptibles de propriété quiritaire;

les esclaves eux-mêmes, nous l'avons vu, peuvent être l'objet d'une véritable propriété.

§ I.

Effets et caractères généraux de la propriété.

Effets. — Les avantages de la propriété constituent la *plena potestas in re.* On les a depuis longtemps ramenés à trois : l'*usus,* le *fructus,* l'*abusus.*

1° *Jus utendi, usus :* c'est le droit de se servir de la chose, par exemple, d'habiter dans sa maison ou de monter sur son cheval;

2° *Jus fruendi, fructus :* c'est le droit de percevoir tous les produits quelconques de la chose, soit naturels ou industriels, comme les moissons, les arbres, le lait; soit civils comme les loyers d'un immeuble ou les intérêts d'une somme;

3° *Jus abutendi, abusus :* c'est le droit de disposer de la chose. Le mot *abusus,* qui s'arrête dans notre langue à la signification d'usage immodéré, désigne plus largement en latin tout usage désormais irrenouvelable pour le propriétaire. A la différence, de l'*usus* et du *fructus,* susceptibles de se répéter indéfiniment, l'*abusus* consiste dans la faculté de transformer, de dégrader, de détruire ou d'aliéner la chose. Ulpien nous dit de certaines matières dont on ne peut jouir sans les consommer, *in abusu continentur* (*Ulpien,* R., t. XXIV, § 27).

Lorsque ces trois éléments sont réunis, on se trouve en présence de la pleine propriété; lorsque quelques-uns font défaut ou sont altérés, on se trouve en présence d'un démembrement de la propriété, usufruit, usage, servitude prédiale, etc.

Caractères généraux. — Avec la plénitude d'effets qu'elle comporte, la propriété nous apparaît empreinte de trois caractères ; elle est absolue, exclusive, perpétuelle.

1° *Elle est absolue.* — Pour qui l'envisage dans son origine philosophique, la propriété n'est que le résultat d'efforts antérieurs, c'est la conséquence d'un travail réalisé ; elle affirme et prolonge la personne humaine. De là, pour le propriétaire, ces hautes et puissantes prérogatives, telles que le droit à la transmission entre-vifs ou *mortis causa*, et la faculté de léser indirectement, dans sa libre jouissance, les intérêts ou les convenances d'autrui, par exemple en

exhaussant sa maison de manière à supprimer la vue du voisin (L. 9, D., *De servitut. præd.*, 8-2).

Mais la propriété souffre néanmoins des restrictions fondées sur l'intérêt social, ou sur l'ordre public. Telles sont : 1° certaines servitudes légales, comme la servitude d'enclave, la nécessité de conserver des distances réglées entre les constructions ou plantations et le fonds limitrophe et l'obligation de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. 2° L'expropriation pour cause de travaux publics, tempérée d'habitude par une indemnité qui n'est peut-être pas absolument obligatoire en droit romain (1).

2° *Elle est exclusive.* — Parler de propriété, c'est éloigner immédiatement l'idée de communauté, si bien qu'on appelle communes les choses non susceptibles d'appropriation individuelle. Il n'en résulte pas que tous les avantages constitutifs de la propriété se trouvent forcément concentrés dans la même main ; ils peuvent se séparer et appartenir par fragments à plusieurs. Ce fait se produit dans le cas d'indivision (*communio, indivisio*) et lorsque la chose est grevée de droits réels, servitudes, hypothèques, etc. Mais de telles situations sont presque toujours l'œuvre du propriétaire ou de ses prédécesseurs ; c'est donc en s'exerçant que la propriété s'est le plus souvent diminuée. Le *jus abutendi* reste alors établi sur une tête, et les autres utilités du droit en sont démembrées ; néanmoins les divers titulaires, pris en masse, gardent le monopole de la chose à l'exclusion de tout étranger.

3° *Elle est perpétuelle.* — En effet, tandis que les droits de créance et quelques droits réels sont nécessairement appelés à s'éteindre après un certain temps ou par certains faits, la propriété subsiste régulièrement de mains en mains, aussi longtemps que la chose elle-même. Les Romains avaient déduit de là deux conséquences originales, et quelque peu exagérées : 1° la perte de la propriété ne peut pas résulter de la volonté seule du propriétaire ; il y faut, de plus, un fait extérieur d'*alienatio* ou de *derelictio* ; 2° la propriété ne peut pas être transférée à temps, c'est-à-dire sous la clause qu'elle fera retour de plein droit à l'aliénateur par l'expiration d'un délai ou par l'accomplissement d'une condition ; cette aliénation est nulle en principe. Nous verrons triompher, à la fin du droit romain, la

(1) Voir : L. 14, D., *De serv. præd. urb.*, 8-2 ; L. 19, § 1, D., *Quemad. serv. amit.*, 8-6. — L. 50, 53, C. Th., *De op. publ.*, 15-1. — L. 9, C. J., *De op. publ.*, 8-12. — Cicéron, *De officiis*, III, 16. — Conf., C. C., art. 545, 640 et s.).

doctrine contraire qui est entrée dans nos lois modernes (F. V., § 283. — L. 2, C., *De donat. quæ sub modo*, 8-55. — L. 12, D., *De præscriptis verbis*, 19-5).

§ II.

Acquisition de la propriété.

Dans la loi romaine, l'acquisition de la propriété suppose trois éléments, qui ne sont pas toujours rigoureusement exigés au temps de Justinien.

1° *Il faut une chose susceptible de faire l'objet du droit de propriété.* — Les *res corporales in commercio* remplissent seules cette condition; restent donc en dehors les choses *extra commercium* et les choses incorporelles. Anciennement les fonds provinciaux se trouvaient dans le même cas, parce que l'État romain en était réputé propriétaire (*Gaius*, II, 7).

2° *Il faut une personne capable d'acquérir la propriété.* — Dans la période classique, étaient incapables pour eux-mêmes les esclaves et les fils de famille, puisque leurs actes profitaient en thèse générale au *paterfamilias*. Parmi les non-citoyens, le Latin pouvait arriver à la propriété par les modes du droit civil ou du droit des gens, et le pérégrin par les modes du droit des gens seulement; car le premier avait le *jus commercii* qui manquait au second. A l'époque de Justinien, toutes ces distinctions sont effacées; il n'y a plus d'autre incapacité que celle des esclaves. Mais il demeure bien entendu que les barbares ne participent en aucun temps aux lois de Rome, et que Rome n'a jamais pu leur reconnaître un droit véritable.

3° *Il faut un acte d'acquisition légalement consacré.* — La propriété ne peut en effet s'acquérir ou se transmettre qu'à l'aide de certains faits juridiques spécialement organisés et reconnus par la loi; c'est ce qu'on appelle des modes d'acquérir (*modus* ou *genus acquisitionis*.) Il n'est peut-être pas sans intérêt de faire remarquer ici, sauf à revenir plus tard sur ce point, que la convention a toujours été considérée par la loi romaine comme impuissante à transférer la propriété ou à créer des droits réels (L. 3, pr., D., *De oblig. et act.*, 44-7. — L. 20, C., *De pactis*, 2-3. — *Contra*, C. C., art. 711, 939, 1138, 1583).

Divisions des modes d'acquérir. — Les modes d'acquérir comportent plusieurs divisions; nous n'indiquerons ici que les trois principales (1).

I. — Les modes d'acquérir sont à titre universel, *per universitatem*, ou à titre particulier, *rerum singularum*.

Les modes d'acquérir à titre universel sont ceux qui font acquérir tout ou partie du patrimoine d'une personne vivante ou morte, droits réels et droits de créance, actif et passif, hormis ce qui est intransmissible naturellement et légalement. On peut citer : les successions civiles et prétoriennes, l'adrogation, la *conventio in manum mariti*, la *bonorum emptio*, la confiscation générale, etc.

Les modes d'acquérir à titre particulier ne procurent que l'acquisition d'une ou de plusieurs choses individuellement déterminées, avec les droits réels qui s'y attachent; mais l'acquéreur est étranger aux créances et dettes de l'auteur. C'est uniquement des modes d'acquérir à titre particulier qu'il s'agit dans notre examen de la propriété. Ils sont au nombre de sept dans la jurisprudence classique, *occupatio, traditio, usucapio, adjudicatio, lex, mancipatio, in jure cessio;* Justinien supprime les deux derniers. Parmi ces modes, les uns exigent le concours des volontés de l'acquéreur et de l'aliénateur, ce sont : la tradition, la mancipation et la *cessio in jure;* les autres se passent au contraire de tout accord de volontés (*Ulpien*, R., t. XIX, § 2).

II. — Les modes d'acquérir à titre particulier se subdivisent en *mode originaire* et *modes dérivés.* Le seul mode originaire est l'occupation; car elle ne porte que sur les choses qui n'appartiennent à personne, et, par conséquent, implique acquisition sans aliénation; aussi donne-t-elle nécessairement la propriété franche et quitte de toutes charges ou droits réels. Les six autres modes sont dérivés, parce qu'ils portent sur les choses déjà pourvues d'un maître, et qu'ils impliquent transmission, c'est-à-dire aliénation et acquisition tout ensemble; aussi ne donnent-ils pas toujours une propriété exempte de charges ou de droits réels. L'occupation est antérieure à tous les autres modes; la logique proclame, en effet, que le déplacement d'un droit en présuppose l'existence (L. 20, D., *De adq. rer. dom.*, 41-1).

(1) Les modes d'acquérir se divisent encore en modes d'acquérir à titre gratuit et en modes d'acquérir à titre onéreux.

III. — Les modes d'acquérir sont enfin du *droit des gens* ou du *droit civil*. Ce n'est pas qu'ils ne procurent tous également la propriété romaine ou domaine quiritaire; mais les premiers tirent leur nom de leur usage accessible à tout le monde sans distinction, tandis que l'emploi des seconds se restreint aux personnes douées du *jus commercii*, comme les citoyens et les Latins. Les modes du droit des gens sont l'occupation et la tradition; les cinq autres appartiennent au droit civil. Cette subdivision perdit sa haute importance au troisième siècle de notre ère, lorsque la célèbre constitution de Caracalla eut gratifié de la cité tous les sujets de l'Empire. Cependant, à l'exemple des jurisconsultes classiques, Justinien la conserve encore et s'y attache principalement (*Ulpien*, R., t. XIX, § 4. — *Gaius*, II, 65-66. — *Inst.*, L. II, t. I, *De div. rerum*, § 11).

DEUXIÈME SECTION.

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE.

Gaius constate que la propriété, unique à l'origine, se divisa dans la suite, en deux propriétés : la propriété quiritaire et l'*in bonis*. *Postea divisionem accepit dominium, ut alius possit ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere* (*Gaius*, II, 40).

La propriété quiritaire fut toujours la propriété par excellence, la propriété consacrée par le droit civil; l'*in bonis* fut une sorte de propriété inférieure sanctionnée par le préteur; on lui donne différents noms, on l'appelle tantôt propriété naturelle, tantôt propriété bonitaire; mais l'expression de propriété prétorienne nous paraît beaucoup plus exacte.

§ I.

Origine de l'in bonis. — Ses causes d'acquisition.

Origine. — On a beaucoup discuté sur l'origine de la propriété prétorienne, mais la doctrine généralement acceptée aujourd'hui consiste à attribuer la création de cette propriété d'ordre secondaire à une réaction de la jurisprudence prétorienne contre le formalisme rigoureux du vieux droit civil. L'idée première de l'*in bonis*

paraît en effet se rattacher à l'ancienne distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi*. Nous avons vu que la tradition appliquée à une *res mancipi* fut d'abord complètement inefficace, la propriété n'était pas déplacée et le *tradens* conservait perpétuellement le droit de revendiquer. Cette décision rigoureuse ne tarda pas à paraître inique et le préteur chercha à s'en affranchir. Il décida que l'acquéreur d'une *res mancipi* par voie de tradition pourrait repousser le *dominus* à l'aide d'une *exceptio doli mali;* il décida en outre que l'*accipiens* pourrait protéger sa possession par des interdits possessoires et qu'il pourrait la transformer en propriété par l'usucapion; enfin, dernier progrès, il lui concéda une action réelle, l'action Publicienne. Mais, toujours prudent, jusque dans ses innovations les plus hardies, le préteur laissa subsister en faveur du *tradens* le droit de propriété qui se maintint avec quelques privilèges sous le nom de *nudum jus Quiritium*. Une fois organisée, la propriété prétorienne se généralisa et ses cas d'application se multiplièrent, si bien qu'à l'époque classique, elle avait presque autant d'importance pratique et juridique que la propriété civile (*Gaius*, II, 40, 41).

Causes d'acquisition. — Les diverses causes d'acquisition de l'*in bonis* se divisent en deux classes; les unes sont à titre particulier, les autres sont à titre universel.

Les causes qui font acquérir la propriété prétorienne sur un objet déterminé sont assez nombreuses; on peut en citer au moins quatre principales : 1° *Application de la tradition à une res mancipi.* — Lorsque le propriétaire d'une *res mancipi* emploie la tradition pour transférer la chose à un tiers acquéreur, celui-ci ne devient pas *dominus*, il a simplement cette chose *in bonis;* ce fut probablement là l'hypothèse originaire (*Gaius*, II, 41). 2° *Missio in possessionem damni infecti causa.* — Tout propriétaire, dont la maison menace ruine, peut être invité par le préteur à fournir la *cautio damni infecti;* s'il s'y refuse, le magistrat envoie les intéressés en possession de l'*ædes ruinosa* et le second décret rendu dans ce but confère au *missus in possessionem* la propriété prétorienne avec toutes ses conséquences (*Inst.*, L. III, t. XVIII, *De divis. stipul.*, § 2). 3° *Adjudicatio dans les judicia imperio continentia.* — L'adjudication ne transférant la propriété quiritaire que dans les cas où l'instance réunit certaines conditions qui en font un *judicium legitimum,* il en résulte que dans toute autre hypothèse, le droit transféré n'est autre que l'*in bonis* (*Gaius*, IV, 104. — F. V., § 47. — L. 44, § 1, D.,

Fam. ercisc., 10-2). 4° *Abductio servi ex noxali causa.* — Quand le maître refuse et de réparer le préjudice causé par son esclave à un tiers et d'abandonner *noxaliter* le *servus* coupable, le préteur peut ordonner au tiers lésé de s'emparer de l'esclave et de l'emmener, ce décret lui confère sur l'esclave la propriété prétorienne (L. 26, § 6, D., *De noxal. actionibus*, 9-4).

Les causes qui font acquérir l'*in bonis* sur un patrimoine ou sur une quotité de patrimoine sont également au nombre de quatre, en ne citant que les plus importantes. Ce sont : 1° les *bonorum possessiones* (l'hérédité prétorienne); 2° la *bonorum emptio* ou vente en masse faite aux enchères par les soins du préteur et à la requête des créanciers d'un débiteur insolvable; 3° l'*addictio bonorum libertatum servandarum causa*, c'est-à-dire l'attribution faite par le magistrat de tous les biens du défunt, dans le but de maintenir les affranchissements testamentaires; 4° la restitution d'un fidéicommis universel en vertu du sénatusconsulte Trébellien (*Inst.*, L. III, t. XI, *De eo cui libertates.* — L. 37, pr., D., *Ad senat. Trebell.*, 36-1).

§ II.

Caractère et effets juridiques de l'in bonis.

Les commentateurs ne s'accordent pas quand il s'agit de déterminer le véritable caractère de l'*in bonis*; à notre avis, il faut y voir une sorte de propriété, incomplète et secondaire, produisant presque tous les effets ordinaires de la propriété, mais n'ayant ni la même origine ni la même sanction que le *dominium*.

D'ailleurs, ses effets positifs sont bien connus; elle confère incontestablement tous les avantages utiles de la propriété proprement dite : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*; elle investit en outre le titulaire de moyens suffisamment énergiques pour défendre son droit, elle lui donne en effet des exceptions, des interdits et une action réelle (la Publicienne); enfin, elle est susceptible de se convertir en propriété quiritaire par l'usucapion (*Gaius*, II, 41-42. — *Ulpien*, R., t. I, § 16. — L. 13, § 1, D., *De jurejurando*, 12-2).

Cependant si nombreux et si avantageux que soient les effets de l'*in bonis*, ces effets n'absorbent pas complètement le *dominium*; certains droits restent encore sur la tête du propriétaire quiritaire et ces droits constituent ce qu'on est convenu d'appeler le *nudum*

jus Quiritium. C'est ainsi que le *dominus* reste encore nanti de la *rei vindicatio* et cette revendication qui doit échouer contre le propriétaire prétorien doit nécessairement réussir contre tout détenteur. C'est encore ainsi que le maître *ex jure Quiritium* conserve les droits de tutelle et de succession sur l'esclave dont il était *dominus* et qui a été affranchi par le maître prétorien. Au reste, l'*in bonis* reste inférieur par certains côtés à la propriété civile; le propriétaire prétorien, pour citer des exemples, ne peut pas en effet en affranchissant son esclave, en faire un citoyen, il n'en fait qu'un Latin Junien; de même, il ne peut pas employer tous les modes du droit civil pour transférer sa chose, il ne peut se servir ni de la *mancipatio*, ni de la *cessio in jure*, ni du legs *per vindicationem* (*Gaius*, I, 17, 167; II, 196).

La pratique toujours hostile aux subtilités juridiques ne pouvait pas approuver indéfiniment cette étrange scission de la propriété; Justinien eut donc raison d'abolir expressément ce dualisme et de revenir ainsi à la simplicité du droit primitif (L. 1, C., *De nudo jure Quirit.*, 7-25).

CHAPITRE IV.

POSSESSION.

La possession est en fait ce qu'est en droit la propriété; le fait de possession correspond au droit de propriété. Dans un sens large, posséder une chose, c'est l'avoir physiquement à sa disposition (1).

§ I.

Nature et objet de la possession.

Nature. — Le fait d'avoir physiquement une chose à sa disposition est en lui-même plus ou moins complexe.

Tantôt il n'est pas accompagné d'une prétention positive sur la chose, d'une volonté nette de la traiter comme sienne. Tel est le

(1) Le mot *possession* paraît, en effet, d'après l'étymologie la plus probable, venir de *posse* (Conf. L. 1, pr., D., *De adq. vel amit. poss.*, 41-2).

cas du dépositaire, du locataire, du commodataire, de l'usufruitier, et généralement de toute personne dont le titre implique reconnaissance du titre supérieur d'autrui. Cette situation ne constitue qu'une possession incomplète, juridiquement qualifiée de simple *détention ;* elle n'assure au détenteur que l'avantage négatif de garder la chose, tant que nul ne justifie du droit de la reprendre (L. 3, § 20, D., *De acq. vel am. poss.*, 41-2; L. 6, § 2, D., *De precario*, 43-26).

Tantôt le fait matériel de la détention, *corpus*, est accompagné d'une volonté nette de traiter la chose comme sienne, *animus domini, animus rem sibi habendi.* Ces deux éléments juxtaposés constituent la véritable possession, la *justa possessio*. Elle fait présumer la coexistence du droit de propriété, dont elle est l'exercice ; mais une preuve évidente qu'elle peut s'en trouver séparée, c'est que le voleur est incontestablement investi de cette possession. Elle a le double effet de maintenir le possesseur dans le rôle de défendeur à tout procès sur la chose, et de lui ouvrir, pour la conserver ou la reprendre en cas de trouble, des espèces d'actions possessoires d'origine prétorienne, qui s'appellent *interdicta.*

Enfin il peut arriver que la possession soit apte à se transformer tôt ou tard en propriété ; ce changement suppose la réunion de certaines conditions précises que nous aurons bientôt à déterminer ; on dit dans ce cas que la possession est de nature à conduire à l'usucapion.

On est donc amené à distinguer, avec la plupart des interprètes modernes, trois espèces de possessions ou plus exactement trois degrés dans la possession : 1° la *possessio naturalis* ou *corporalis ;* 2° la *possessio justa vel ad interdicta ;* 3° la *possessio civilis vel ad usucapionem.* Mais deux remarques sont indispensables. En premier lieu, la terminologie romaine manque de précision, et les distinctions précédentes, si claires et si nettes en elles-mêmes, résultent de l'esprit des textes plutôt que de la lettre. En second lieu, la possession est une au fond; car la *possessio naturalis* ou *detentio* n'est pas la possession, et la *possessio civilis* n'est que la possession accompagnée de circonstances extérieures qui lui demeurent étrangères. La *justa possessio*, composée du *corpus* et de l'*animus*, reste donc le type de ce qu'on entend par ce mot, et c'est d'elle seule qu'il est ici question.

La possession n'est qu'un état de fait dans son origine, puisqu'elle

s'acquiert en dehors de toute cause légale, et peut même se fonder sur un délit. Mais, si l'on considère qu'elle a par elle-même des conséquences juridiques, on dira sans erreur qu'elle est traitée comme un droit. C'est à ce point de vue que la loi détermine les manières de l'acquérir ou de la perdre, et les choses qui en sont susceptibles. Il résulte de là que la possession est tantôt un fait, *res facti*, tantôt un droit, *res juris*, suivant le point de vue auquel on se place (L. 1, §§ 3, 4; L. 49, pr., D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

Objet. — Comme tous les droits s'exercent par des faits, il aurait fallu admettre *à priori* une possession correspondante à chacun d'eux; ainsi les Romains eux-mêmes reconnaissaient ce que nous appelons la possession d'état, et le Digeste parle d'une *possessio libertatis* ou *libertinitatis*. Mais ce n'est là qu'un hasard de langage (L. 10, D., *De liberali causa*, 40-12; L. 14, D., *De probationibus*, 22-3).

En droit romain, la possession, *sensu stricto*, ne correspond qu'à la propriété; donc, n'est susceptible d'avoir un possesseur que l'objet susceptible d'avoir un propriétaire. En conséquence, la possession n'existe pas : 1° sur les *res extra commercium;* par exemple, la détention d'une chose publique ou sacrée ne procure aucun des avantages de la *justa possessio;* 2° sur les *res incorporales*, telles que les hérédités, les créances et les servitudes (L. 3, pr.; L. 30, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2) (1).

Cependant on verra plus loin que le préteur, dès le premier siècle de notre ère, sentit le besoin d'appliquer une *quasi possessio* aux servitudes tant réelles que personnelles (L. 10, pr., D., *Si servit. vindic.*, 8-5; L. 20, D., *De servit.*, 8-1).

§ II.

Acquisition de la possession.

Dire que la possession se compose d'un élément physique (*corpus*) et d'un élément moral (*animus domini*), c'est dire que la réu-

(1) Le Code civil, adoptant une théorie plus logique et plus exacte que le droit romain, reconnaît formellement que tous les droits sont susceptibles d'une possession; aussi définit-il la possession : *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit* (art. 2228).

nion de ces deux éléments est suffisante et nécessaire pour lui donner naissance. De là cette règle qu'elle s'acquiert *corpore et animo* (L. 3, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

Corpus. — Le *corpus*, c'est le pouvoir matériel de disposer de la chose et d'y appliquer des actes de maître. Il ne suppose ni le contact ni la vue; ainsi l'acheteur de marchandises, une fois nanti de la clef du magasin où les a renfermées le vendeur, les possède aussi bien que s'il les avait en main ou les tenait déposées sous son toit. En revanche, je ne suis possesseur ni du gibier de mon bois, ni des poissons de mon étang, ni des matériaux constitutifs de ma maison bâtie, parce que je ne les ai pas à ma libre disposition (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 45. — L. 3, § 14; L. 30, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2; L. 74, D., *De contr. empt.*, 18-1).

Animus. — L'*animus* consiste dans l'intention bien arrêtée de traiter la chose comme sienne; aussi l'appelle-t-on *animus domini* ou *rem sibi habendi*. Dès qu'il existe, on n'a pas à rechercher si le possesseur est de bonne foi ou si la possession peut ou non conduire à la propriété; l'acheteur qui a reçu tradition de la *res vendita*, et le voleur qui emporte le fruit de son larcin, sont l'un et l'autre possesseurs, parce qu'ils ont cet *animus*. Seulement il va de soi que la possession entachée de violence ou de clandestinité dans son origine n'est pas opposable à la victime du délit; on la qualifie de vicieuse à son égard, et les *interdicta* ne protégeraient le possesseur qu'envers tout autre tiers (*Gaius*, IV, 151. — L. 3, pr., D., *Uti possidetis*, 43-16).

Si l'*animus* ne coexistait pas dès le début avec le *corpus*, il ne suffirait pas d'un acte de volonté pour l'y joindre. En d'autres termes, quand le simple détenteur, tel qu'un locataire, un dépositaire, un usufruitier, insurgé de bonne ou de mauvaise foi contre son titre, manifeste l'intention de se comporter désormais en maître, sa détention ne se transforme pas en possession et reste ce qu'elle était. C'est l'adage célèbre : *Nemo potest sibi causam possessionis mutare.* Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le propriétaire ou même un tiers consentît au détenteur une vente ou quelque autre titre non précaire (L. 19, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2; L. 33, § 1, D., *De usurp. et usuc.*, 41-3. — Conf., C. C., art. 2236, 2238, 2239).

La nécessité de l'*animus* produit deux conséquences : 1° on ne possède que ce qu'on sait parfaitement posséder; ainsi le possesseur d'un fonds ne possède pas le trésor qui s'y trouve caché à son

insu; 2° les personnes incapables de volonté ne sauraient par elles-mêmes acquérir une possession. Cette doctrine, débattue pour les personnes morales, fut toujours appliquée au fou, et longtemps au pupille *infans;* mais on finit par admettre ce dernier à l'acquisition de la possession *tutore auctore*, ce qui déroge aux règles de l'*animus* et viole le principe que l'*auctoritas* n'est pas possible durant l'*infantia* (L. 1, § 3; L. 3, § 3; L. 32, § 2, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2; L. 7, § 3, D., *Ad exhibendum*, 10-4).

Dans les matières du gage et du précaire, la théorie de l'*animus* reçoit une remarquable dérogation dont nous aurons plus tard à nous occuper, nous verrons en effet que le créancier gagiste et le précariste, quoique dépourvus de l'*animus domini*, ont en un sens une véritable possession protégée par les interdits (L. 16, D., *De usurp. et usucap.*, 41-3; L. 4, § 1, D., *De precario*, 43-26).

Acquisition de la possession par le fait d'un tiers. — Pour acquérir la possession, il faut réunir le *corpus* et l'*animus;* mais la loi romaine permet au possesseur de réaliser le *corpus* par l'intermédiaire d'un tiers; elle pose à cet égard deux règles très simples : on peut acquérir la possession *corpore alieno;* on ne peut pas l'acquérir *animo alieno. Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno* (Paul, S., L. V, t. II, § 1).

I. — On devient possesseur *corpore alieno ;* en d'autres termes, si, par mon ordre ou seulement à ma connaissance quelqu'un agissant pour mon compte appréhende physiquement une chose, je suis censé l'appréhender moi-même, et ma possession existe. Les Romains abandonnent ici le droit commun de la représentation par autrui; ils admettent qu'un représentant quelconque peut nous acquérir la possession (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers. nob. adq.*, § 5).

II. — On ne devient pas possesseur *animo alieno;* en d'autres termes, si, sans mon ordre ou seulement à mon insu, quelqu'un agissant pour mon compte appréhende physiquement une chose, je ne la possède pas; car il me manque l'*animus*, et la possession n'existera qu'après l'adhésion de ma volonté à ce fait matériel. Comme cette logique rigoureuse était gênante dans la pratique, on y dérogea : 1° pour le mandat conventionnel ou légal; la possession est acquise, indépendamment de toute connaissance de l'appréhension physique, au mandat par le mandataire qui exécute sa mis-

sion, aux cités par leurs administrateurs, aux incapables en tutelle ou curatelle, par le tuteur ou curateur; 2° pour le pécule; les personnes placées en notre puissance nous acquièrent la possession, même à notre insu, de ce qu'elles appréhendent *ex causa peculiari*, c'est-à-dire dans l'exercice de l'administration du pécule que nous leur avons confié.

La raison théorique de cette double dérogation n'est pas dans l'idée, trop souvent alléguée, que le mandat ou la constitution du pécule indique suffisamment de la part du mandant ou du *paterfamilias* la volonté générale de posséder et de joindre par avance son *animus* au *corpus* acquis par le représentant; car ce raisonnement serait inapplicable aux cités, aux *infantes*, aux pères fous ou captifs, etc. Le vrai motif de ces décisions exceptionnelles, c'est que le représenté emprunte, par une fiction légale, l'*animus* de l'agent qui appréhende; on ne pouvait pas pratiquement exiger que son attention fût toujours en éveil sur chacun des actes de son représentant (L. 3, § 12; L. 44, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2. — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers. nob. adq.*, § 5).

§ III.

Perte de la possession.

La possession une fois acquise se continue par la coexistence des deux éléments qui la forment. Toutefois, ces deux éléments ne sont pas exigés avec autant de rigueur que lorsqu'il s'agit d'acquérir une possession nouvelle. Ainsi, pour le *corpus*, la fiction du *postliminium* pourrait s'appliquer au maintien par les esclaves du captif d'une possession qu'il aurait commencée avant sa captivité; mais il ne posséderait qu'à partir de son retour les choses appréhendées en son absence par ses esclaves, pour des causes étrangères au pécule. De même, l'*animus domini* est censé subsister, tant qu'un *animus* contraire ne le remplace pas; le *furiosus* et l'*infans* conservent donc la possession qu'ils ne sauraient acquérir par eux-mêmes (L. 27, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2; L. 44, § 7, D., *De usurp. et usucap.*, 41-3; L. 12, § 2, D., *De captivis*, 49-15).

Mais la possession disparait avec l'un ou l'autre de ses éléments constitutifs, à plus forte raison avec tous les deux.

1° La perte du *corpus* et de l'*animus* produit cet effet incontes-

table, entre autres exemples, dans le cas de *derelictio* et de *traditio ex justa causa* (L. 3, § 9, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

2° L'abdication de l'*animus* ne désinvestit que le possesseur capable de rendre sa condition pire; ainsi le pupille, même sorti de l'*infantia*, manifesterait inutilement *sine auctoritate tutoris* l'intention de ne plus posséder. En outre, un simple oubli, quelle qu'en soit la durée, n'entraîne jamais par lui-même renonciation à l'*animus* (L. 29, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

3° La suppression du *corpus* est destructive de la possession. Par exemple, le possesseur tombe aux mains de l'ennemi, sans laisser de détenteur pour son compte; ou bien il se voit enlever la disposition de la chose par un cas fortuit, comme la chute du meuble dans la mer ou l'inondation définitive de l'immeuble (L. 13, pr., D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

Règles spéciales aux esclaves et aux immeubles. — La pratique exigea l'application de règles spéciales aux esclaves et aux immeubles.

L'esclave détenu pour le compte du *dominus*, et délaissé par le détenteur, reste en la possession de son maître, tant qu'il conserve l'esprit de retour; le lien de sa volonté persiste alors et supplée au *corpus* matériellement anéanti (L. 47, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

L'immeuble, délaissé par le fermier ou tout autre détenteur, n'en reste pas moins dans la possession du bailleur ou possesseur. A plus forte raison, si le possesseur ou détenteur vient à s'absenter, mais dans le dessein de revenir, la possession n'est pas perdue. Dans le premier cas, le seul fait d'une occupation étrangère, même à l'insu du possesseur, lui enlève la possession. Dans le second cas, il faut de plus qu'instruit de l'occupation étrangère, il n'ait pas essayé de l'expulser, ou qu'il ait échoué dans son effort; il est alors dépossédé, et n'a plus d'autre ressource que d'agir au pétitoire (*Inst.*, L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 5. — L. 3, § 11; L. 25, § 1; L. 40, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

CHAPITRE V.

OCCUPATION.

(*Inst.*, L. II, t. I, §§ 12-18, 22.)

L'occupation est la prise de possession *animo domini* d'un objet sans maître et dans le commerce; elle fait donc acquérir les choses qui n'ont pas actuellement de propriétaire, mais qui sont susceptibles d'en avoir un. C'est un mode d'acquérir originaire, à titre particulier et du *jus gentium*. Nous traiterons spécialement de l'occupation appliquée aux objets sans maître et au butin.

Objets sans maître. — On ne peut énumérer tous les cas d'occupation; il faut seulement décrire à grands traits les principaux.

1° L'occupation s'applique le plus souvent aux animaux sauvages, c'est-à-dire non domestiques, par le moyen de la chasse ou de la pêche (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 12. — Conf., C. C., art. 715).

Deux grands principes suffisent à la théorie.

I. *L'animal sauvage n'est acquis, vivant ou mort, qu'au moment où l'occupant en a la disposition certaine.* — Le gibier blessé n'entre donc que par l'appréhension dans la propriété du chasseur. Il n'y a pas à rechercher d'ailleurs si la capture a eu lieu sur le terrain du chasseur ou d'autrui; car les animaux sauvages ne sont pas un produit du fonds. Mais le propriétaire, libre d'interdire l'accès de sa propriété, serait armé contre le contrevenant d'une *actio injuriarum*, et pourrait, en cas de dommage, même sans prohibitions préalables, obtenir indemnité par l'*actio legis Aquiliæ* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rerum*, §§ 12, 13).

II. *L'animal sauvage échappe à l'appropriation par le recouvrement définitif de sa liberté naturelle.* — On exige une délivrance définitive; si donc il est de ceux qui vont et viennent, comme les pigeons, les paons, les abeilles, il demeure la propriété de son maître aussi longtemps qu'il a l'esprit de retour, c'est-à-dire l'habitude de regagner son gîte accoutumé. Il faut, de plus, que l'animal ait recouvré sa liberté naturelle, par une fuite spontanée, ou par le fait d'un tiers, passible pour cet acte d'une action *de dolo* ou

in factum. Si l'animal était, au contraire, emmené par quelqu'un, le maître en perdrait bien la possession, mais non la propriété, et l'action *furti* prendrait naissance en même temps que la revendication. A cette double condition, l'animal sauvage redevient une chose sans maître, et, par une sorte de *postliminium*, sont effacés rétroactivement tous les effets de la propriété qu'il a subie, droits d'usufruit, de gage ou d'hypothèque dont il était grevé. Ces résultats sont remarquables, car ils dérogent au principe que la propriété ne dépend pas de la possession, et s'appliquent sans distinction aux animaux pris comme à ceux de leurs petits qui n'ont jamais connu la liberté (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 12-16. — L. 14, pr., D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

2° L'occupation fait également acquérir les perles, pierres précieuses, coquilles ou semblables objets qu'on trouve sur le bord de la mer, *quæ in littore inveniuntur*. Il en est de même des îles qui se forment dans son sein, phénomène rare, d'après la remarque de Gaius et de Justinien, *quod rarò accidit;* ces îles ne sont pas des *res communes* à l'instar de la mer, parce qu'elles n'ont pas la même destination naturelle (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 18, 22. — Conf., C. C., art. 717) (1).

Butin. — L'occupation fait encore acquérir la propriété du butin pris sur l'ennemi : c'est l'hypothèse de l'*occupatio bellica* (*Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 17. — *Gaius*, IV, 16).

Mais qu'entend-on par butin? On entend par là tout ce qui est pris soit aux *barbari* en temps de guerre ou de paix, soit aux *hostes* qui ont fait ou reçu régulièrement une déclaration de guerre. L'occupation ne sort-elle pas ici de son cadre habituel et normal, en portant sur des choses qui ne sont pas sans maître? Le jurisconsulte Paul assimile le butin aux objets trouvés sur le rivage, et là se révèle la pensée des Romains; à leurs yeux, la propriété des barbares ou des ennemis ne compte pas et n'a point de valeur juridique; aussi donne-t-elle prise à l'occupation (L. 1, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

A quel propriétaire le butin est-il attribué?

Il faut distinguer, ce semble-t-il, entre les immeubles et les meubles.

Immeubles. — La question n'offre aucun doute pour les immeu-

(1) Nous parlerons plus loin de l'acquisition du trésor par l'inventeur.

bles; ils sont acquis au peuple romain par droit de conquête. L'Etat abandonne ordinairement aux populations vaincues une portion du territoire conquis, réserve faite de sa propriété supérieure et théorique qui justifie l'impôt. Le reste peut recevoir en fait trois destinations différentes : 1° certaines terres, *agri quæstorii*, sont vendues aux enchères, pour le compte du Trésor, par les questeurs ou les *præfecti ærarii*, suivant l'époque; 2° d'autres terres, *agri assignati*, sont l'objet de concessions, tantôt gratuites, tantôt accompagnées de quelques charges, et dont profitent le plus souvent les vétérans; 3° l'excédant demeure dans le domaine public et forme l'*ager publicus*. Comme on le pense bien, les droits des adjudicataires ou concessionnaires sur les deux premières catégories de terrains étaient déterminés au moyen d'une limitation; on y procédait à l'origine par des cérémonies religieuses, plus tard par le simple arpentage; mais les *agri quæstorii* et les *agri assignati* durent à cette opération nécessaire le nom commun d'*agri limitati* (L. 16, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1; L. 20, § 1, D., *De captivis*, 49-15).

Meubles. — Quant au butin mobilier, le problème est assez délicat. Il y a des textes qui paraissent consacrer sans restriction le droit du premier occupant (L. 5, § 7; L. 51, § 1, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1). En sens contraire, la loi *Julia peculatus* punit tout détournement de butin; les magistrats vendaient *sub corona* les captifs devenus *servi publici*; les soldats, par un serment dont nous avons la teneur, s'engageaient lors de l'enrôlement à remettre au consul tout ce qu'ils auraient pris ou trouvé, si ce n'est les objets sans valeur; nous voyons enfin dans l'histoire les généraux, comme Scipion après le sac de Carthagène, distribuer une portion des richesses conquises, et réserver l'autre part à l'État (L. 13, D., *Ad legem Jul. pec.*, 48-13. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, VII, 4; XVI, 4. — Polybe, X).

Peut-être faut-il, suivant une opinion très plausible, distinguer entre l'occupation *collective* et l'occupation *individuelle*. La première est l'œuvre de troupes qui agissent régulièrement sous les ordres d'un chef, et l'État devient propriétaire de ce qu'elle procure; la seconde est l'œuvre de particuliers, soldats ou non, qui agissent spontanément, et le fruit leur en demeure exclusivement réservé.

Les effets de l'*occupatio bellica* restent d'ailleurs soumis au *postliminium;* il en résulte que l'acquisition des choses capturées sur les Romains par l'ennemi, ou sur l'ennemi par les Romains, est ré-

troactivement effacée, dès qu'elles retournent à leur ancien maître (L. 19, pr., § 5; L. 20, § 1, D., *De captivis*, 49-15).

CHAPITRE VI.

TRADITION.

(*Inst.*, L. II, t. I, §§ 40-48.)

Tous les modes d'acquérir, autres que l'occupation, sont des modes dérivés, c'est-à-dire qu'ils impliquent à la fois aliénation et acquisition.

Ici doit se placer une remarque essentielle. Le législateur peut rattacher la transmission de la propriété à deux théories différentes. Ou bien le transfert a lieu par le seul effet de la volonté des parties; ou bien il exige, outre cette volonté, quelque fait extérieur qui la révèle juridiquement. Le premier système se rapproche davantage de la vérité théorique, puisqu'il reconnaît et consacre le principe philosophique de la force des conventions : il avait à peu près triomphé dans notre Code civil, où d'importantes mesures correctives sont venues depuis le tempérer, dans l'intérêt des tiers. Le second système paraît préférable dans la pratique; car, s'il est incontestable que le droit de propriété existe à l'égard de tous, on conçoit que le déplacement en doive être public et manifeste. C'est bien ce dernier point de vue que le bon sens utilitaire des Romains fit prévaloir à toute époque dans leur législation : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum transferuntur, non nudis pactis* (L. 3, D., *De oblig. et act.*, 44-7. — L. 20, C., *De pactis*, 2-3. — *Contra*, C. C., art. 711, 938, 1138, 1583).

Or les faits extérieurs qui produisent la transmission de la propriété en s'adjoignant au consentement sont précisément les *modes d'acquérir dérivés*. La tradition en est le plus usuel.

Dans le sens large du mot, la tradition n'est que la remise volontaire de la possession. Elle est donc susceptible de trois degrés; car elle peut transmettre, tantôt la simple détention, par exemple au locataire, tantôt la *justa possessio,* par exemple au créancier gagiste ou au précariste, tantôt enfin la propriété, par exemple à l'acheteur. C'est, étudiée sous ce dernier aspect, qu'elle fait partie des

modes d'acquérir; on la définit alors le transfert de la propriété par la remise volontaire de la possession. Ainsi considérée, la tradition est un mode d'acquérir dérivé, à titre particulier et du droit des gens.

§ I.

Conditions de la tradition.

La tradition, pour être translative de la propriété, requiert cinq conditions précises.

1° *Pouvoir d'aliéner.* — Il faut que le *tradens* ait le pouvoir d'aliéner la *res tradita*. Or le pouvoir d'aliéner implique deux choses : il faut d'abord que le *tradens* soit propriétaire; il faut en outre qu'il soit capable de rendre sa condition pire, ce qui exclut l'impubère, le fou, le prodigue interdit, et le mineur de vingt-cinq ans dans le dernier état du droit (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 42, 43) (1).

2° *Pouvoir d'acquérir.* — Il faut que l'*accipiens* ait le pouvoir d'acquérir. Deux éléments y concourent : tout d'abord il doit recevoir la tradition pour son propre compte, ou pour un tiers qui l'a chargé de lui procurer la possession, d'après les règles précédemment exposées; de plus, il doit être investi de la capacité d'acquérir. Or elle fait absolument défaut à certaines personnes, telles que le pupille *infans* et le fou, et elle peut manquer à d'autres sur un objet déterminé, par exemple au gouverneur de province sur un *prædium provinciale*.

3° *Justa causa.* — Il faut une *justa causa*, c'est-à-dire un accord formel du *tradens* et de l'*accipiens* sur la transmission de propriété.

Le plus souvent cette entente des deux volontés se révèle par un fait antérieur à la tradition, soit productif de l'obligation d'aliéner, comme un legs, une vente, soit dépourvu de toute force obligatoire, comme un échange, une donation. Au premier cas, la tradition exécute un acte juridique, au second cas, elle vivifie en quelque sorte un acte qui, sans cela, eût été inefficace. Mais ce fait antérieur à la tradition ne se confond pas avec l'entente des deux volontés ou *justa causa*, dont il n'est que le signe.

La preuve et les conséquences de cette doctrine apparaissent dans

(1) Le pouvoir du *tradens* pour le compte d'autrui fera l'objet de remarques spéciales dans la théorie du mandat.

certaines décisions incontestables : 1° il peut arriver que ni l'une ni l'autre des deux parties n'ait l'intention d'aliéner ou d'acquérir, par exemple dans la tradition faite en vertu d'un louage ; alors la propriété ne se déplace point, puisqu'il n'y a pas de *justa causa;* 2° il peut arriver qu'une seule des parties veuille parvenir au transfert, tandis que l'autre n'a pas l'intention correspondante : par exemple, le *tradens* croit livrer en vertu d'un louage, et l'*accipiens* recevoir en vertu d'un prêt ou *mutuum ;* le *justa causa* n'existe pas, et nulle transmission de propriété ne se produit; 3° il peut arriver enfin qu'il y ait accord entre la volonté d'aliéner et la volonté d'acquérir. Dans ce dernier cas la tradition opère son effet translatif, abstraction faite de l'existence ou de la validité de l'acte juridique dont elle est le résultat; ainsi, réalisée par erreur en vertu d'un legs ou d'une vente qui n'a pas eu lieu, ou d'une stipulation d'intérêts usuraires qui est également nulle, elle rend l'*accipiens* propriétaire, tout aussi bien qu'il le serait devenu à la suite d'une vente, d'un legs, d'une stipulation ou de tout autre fait réel et légitime (L. 18, § 1, D., *De rebus creditis*, 12-1 ; L. 34, pr., D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2) (1).

4° *Res corporalis et nec mancipi.* — Il faut que la chose soit corporelle et *nec mancipi ;* car, d'une part, la possession ne se concevrait pas, *jure civili* sur une *res incorporalis*, et, d'autre part, nous savons que les *res mancipi* sont en droit pur hors de la portée de la tradition (*Ulpien*, R., t. XIX, § 7. — *Gaius*, II, 19).

5° *Corpus.* — Enfin, il faut que la tradition se réalise par la remise effective du *corpus ;* pour cela, il faut que la chose soit mise à la disposition physique de l'*accipiens*. Les anciens commentateurs distinguaient à ce point de vue plusieurs espèces de traditions, réelle, symbolique, *longua manu* ou *brevi manu.* C'étaient là des complications inutiles; ces diverses traditions aboutissaient toutes, en effet, au même résultat essentiel de constituer un possesseur par l'adjonction du *corpus* à l'*animus domini.*

(1) Que décider dans le cas où les parties, bien que réciproquement animées de l'intention d'acquérir et de transférer la chose, ne s'accorderaient cependant pas sur la cause de la tradition ; ainsi le *tradens* veut transférer la chose en vertu d'un legs et l'*accipiens* croit la recevoir en vertu d'une stipulation ? Le Digeste contient sur ce point, deux textes contradictoires (L. 18, pr., D., *De rebus creditis,* 12-1 ; L. 36, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1). On admet assez généralement que la véritable doctrine romaine se trouve dans la loi 36 D., *De acq. rer. dom.*, qui est de Julien ; d'après ce texte la tradition serait translative de propriété.

De cette cinquième condition, il découle naturellement qu'on ne peut aliéner par tradition la chose dont on a la propriété sans la possession; le propriétaire doit alors suivre une voie indirecte et céder à l'acquéreur son action en revendication (L. 21; L. 63, D., *De rei vind.*, 6-1).

§ II.

Effets de la tradition.

La tradition est le plus souple des modes d'acquérir, et les effets en sont directement subordonnés à la volonté des parties. Les parties pouvaient en effet en modifier, en restreindre ou en suspendre les conséquences ordinaires à l'aide de clauses ou de pactes qu'elles ajoutaient à la tradition; tous ces pactes étaient valables pourvu qu'ils fussent ajoutés immédiatement, *in continenti* et qu'ils ne fussent contraires ni aux lois ni à la morale (L. 48, D., *De pactis*, 2-14).

Les parties pouvaient aussi, à la différence des règles admises en matière de *cessio in jure* ou de mancipation, appliquer toutes les modalités suspensives, *dies a quo* ou *conditio ex qua*. Quant aux modalités résolutoires, *dies ad quem* ou *conditio ad quam*, on sait que le droit classique les jugeait contraires à la nature de la propriété, et qu'elles emportaient, en conséquence, nullité de l'aliénation; mais du jour où l'on en a reconnu la validité, elles ont pu valablement figurer dans la tradition (L. 38, § 1, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2).

D'ailleurs, pour étudier les effets de la tradition, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une *res nec mancipi* ou d'une *res mancipi*.

Res nec mancipi. — Appliquée aux *res nec mancipi*, la tradition est dans sa sphère propre, et confère le *dominium ex jure Quiritium*, le vrai domaine quiritaire avec l'action en revendication. Il faut cependant détacher des *res nec mancipi* les fonds provinciaux, qui ne comportent qu'une propriété incomplète; mais le seul mode d'aliénation volontaire dont ils soient susceptibles, c'est toujours la tradition. Dans tous les cas, en sa qualité de mode dérivé, elle transmet à l'*accipiens* le droit tel que l'avait le *tradens*, c'est-à-dire sous la réserve des charges qui le grevaient entre ses mains; *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (L. 20, § 1,

D., *De acq. rer. dom.*, 41-1. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 7. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 40).

Res mancipi. — Doit-on conclure de là que la tradition d'une *res mancipi* corporelle demeure entièrement inefficace? L'erreur serait grande; car, si le pur droit civil ne met pas cette chose *in dominio accipientis*, nous savons que le préteur la lui donne *in bonis*. Or l'attribution de la propriété prétorienne procure à l'*accipiens*, ainsi que nous l'avons vu, tous les avantages utiles de la propriété. Sa situation ne diffère pas très sensiblement de celle du propriétaire quiritaire; elle ne s'en distingue que par de légères différences de détail qui peuvent même disparaître complètement lorsque l'*in bonis* s'est transformé en *dominium* par l'usucapion (*Gaius*, I, 167; II, 196. — *Ulpien*, R., t. I, § 16).

A l'époque de Justinien, toute différence est effacée entre les *res mancipi* et *nec mancipi*, entre les fonds italiques et provinciaux. Dès lors, les effets de la tradition sont toujours uniformes et toujours identiques à ceux des autres modes d'acquérir.

§ III.

Hypothèses exceptionnelles de tradition.

Deux hypothèses de tradition réclament des explications spéciales.

Traditio rei venditæ. — La tradition faite, avec toutes les conditions ordinaires, par un vendeur en exécution de la vente, ne transfère la propriété à l'acheteur que lors du paiement réel et intégral du prix. *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit* (*Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 41. — *Contra*, C. C., art. 1583).

La raison d'être de cette théorie qui, au dire de Justinien, vient de la loi des Douze-Tables, est dans une sage interprétation de la volonté des parties. Si le vendeur a contracté l'obligation de transférer ses droits sur la chose vendue, c'est en vue du prix; on lui suppose donc naturellement, au cas de livraison immédiate, l'intention de rester propriétaire jusqu'au paiement; il garde ainsi l'action en revendication, qui le soustrait aux risques de l'insolvabilité de l'acheteur. La tradition est régulièrement affectée de cette condition suspensive et tacite, puisqu'elle admet toute espèce de modalité.

Mais, comme notre règle n'est qu'une interprétation de la volonté des parties, elle fléchit devant une intention contraire clairement manifestée. Or, ce résultat se produit en deux hypothèses : 1° le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, *secutus est fidem emptoris*, c'est-à-dire s'est contenté du crédit de l'acheteur et de l'action de créance du contrat ; cette intention se révèle, à défaut de clause expresse, par la concession d'un terme fixe ou indéterminé pour le paiement du prix ; 2° le vendeur s'est fait donner une satisfaction, c'est-à-dire une sûreté, réelle comme un gage, une hypothèque, ou personnelle comme une *fidejussio*, une *expromissio*, mais toujours spéciale et non inhérente à sa qualité de créancier. Ces deux circonstances équivalent au paiement du prix, et la tradition dont elles sont suivies rend l'acheteur propriétaire, à moins que le vendeur n'en ait encore détourné l'effet par un *pactum reservati dominii* ou toute autre clause analogue (L. 19 ; L. 53, D., *De contr. empt.*, 18-1. — L. 3, C., *De pactis inter empt.*, 1-54) (1).

Lorsque la tradition ne transfère pas la propriété à l'acheteur, lui procure-t-elle au moins la possession, ou n'est-il que détenteur? Il semble impossible de lui contester l'*animus domini*, et conséquemment la qualité de possesseur. Mais le vendeur peut faire des réserves même sur la possession, et ne livrer la chose jusqu'au paiement qu'à titre de dépôt, de bail ou de précaire. Il échappe alors aux difficultés de l'action en revendication, qui est remplacée par les actions plus faciles *depositi*, *locati* ou par l'interdit *de precario*.

Traditio incertæ personæ. — On appelle *traditio incertæ personæ* celle qui se fait au profit d'un *accipiens* que le *tradens* ne connaît pas individuellement, et dont il ne peut avoir aucune idée précise. On ne trouve pas dans ce cas les éléments d'une véritable convention ; il y a plutôt concours fortuit de deux volontés. Les Institutes en fournissent deux exemples (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 46, 47).

(1) Cette règle n'existe pas en droit français ; chez nous, la propriété de la chose vendue est acquise à l'acheteur dès le jour même de la vente, alors que le prix n'a pas encore été payé (C. C., art. 1583). Une pareille divergence entre les deux législations s'explique aisément ; si le vendeur français ne jouit pas de cette garantie c'est qu'en revanche il a des sûretés qui font défaut au vendeur romain ; d'abord, il a un privilège, ensuite il a le droit de faire résoudre la vente pour défaut de paiement du prix (C. C., art. 1184, 1654, 2102, 2103).

I. — Il en est un facile à comprendre : c'est l'hypothèse des *missilia* ou pièces de monnaie qu'on jette au milieu de la foule dans un moment de fête ou de largesse pour en gratifier le premier venu qui les ramassera. Les historiens nous racontent que les empereurs romains eurent souvent recours à ce moyen grossier pour s'attirer les faveurs et les bonnes grâces du peuple (*Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 46. — Suétone ; *Caligula*, 18 ; *Néron*, 11).

II. — Le second cas prêtait à discussion. Il s'agit des *res derelictæ*, c'est-à-dire des choses abandonnées par leur propriétaire, qui abdique à la fois le *corpus* et l'*animus*. Cette *derelictio* constituait vraisemblablement une tradition dans la pensée de tous les jurisconsultes ; car elle n'effaçait point les droits réels dont la *res derelicta* se trouvait grevée, et l'acquéreur n'était qu'un ayant-cause du *derelinquens* (L. 5, § 1, D., *Pro derelicto*, 41-7 ; L. 2, D., *Pro suo*, 41-10).

Mais, si les jurisconsultes romains se trouvaient d'accord pour rattacher la *derelictio* à la *traditio incertæ personæ*, il y avait cependant désaccord entre les deux écoles sur un point de détail. Les Proculiens prétendaient que le *derelinquens* restait propriétaire jusqu'au jour où la chose était appréhendée par un tiers. Les Sabiniens étaient, au contraire, d'avis que le *derelinquens* perdait immédiatement la propriété et avant toute appréhension. L'intérêt pratique le plus manifeste de la controverse, c'est que les Sabiniens ne pouvaient jamais voir un vol dans l'appréhension de la *res derelicta ;* il en devait être autrement des Proculiens, dans le cas où le tiers, en s'emparant de la chose, savait que le *derelinquens* avait repris l'*animus domini*. La doctrine plus subtile et moins logique des Sabiniens prévalut dès le troisième siècle de notre ère, et fut consacrée par Justinien (*Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 47. — L. 43, § 5, D., *De furtis*, 47-2).

Il va de soi qu'on ne saurait confondre les *res derelictæ* avec les choses perdues ou jetées sans abdication de l'*animus domini*, et qui ne changent pas de maître ; dans tous ces cas, il ne peut y avoir place ni pour l'occupation, puisque la chose n'est pas *nullius*, ni pour la *traditio incertæ personæ* puisque le *dominus* manque de l'*animus tradendi* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 48. — L. 6, 7, D., *Pro derelicto*, 41-7).

CHAPITRE VII.

MANCIPATIO. — IN JURE CESSIO. — LEX.

Tous les autre modes d'acquérir appartiennent au droit civil. Dans ce nombre, l'*adjudicatio* est exclusivement liée aux trois actions divisoires, *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*; les explications qu'elle nécessite trouveront naturellement leur place ailleurs. Qu'il suffise de dire maintenant que l'*adjudicatio* consiste dans l'attribution faite par le juge (*judex*), dans les cas spéciaux prévus par la loi et que cette attribution peut aboutir tantôt à la propriété quiritaire, tantôt à l'*in bonis* (*Gaius*, IV, 42, 104).

§ I.

Mancipatio, in jure cessio.

La mancipation et l'*in jure cessio* sont les deux modes d'acquérir essentiellement quiritaires; ils sont tous deux solennels, dérivés, à titre singulier et du droit civil.

Mancipatio. — La mancipation, qu'on a vu s'appliquer aux fils de famille et aux femmes *in manu*, avait pour sphère propre les *res mancipi*, immobilières ou mobilières; elle ne pouvait pas transférer la propriété des *res nec mancipi*. En elle-même, la mancipation n'est qu'une vente fictive et solennelle (1).

Huit personnes y figurent, cinq témoins citoyens, mâles et pubères, un *libripens* qui tient une balance de cuivre, enfin l'aliénateur ou *mancipans*, et l'acquéreur, *emptor* ou *accipiens*. Quant à la chose mancipée, la présence en était nécessaire dans les temps primitifs, et cette règle persista pour les meubles; une seule mancipation n'en comprit jamais plus que l'acquéreur n'en pouvait toucher à la fois, d'où vient le nom de l'acte, *manu capere*. Mais les immeubles échappèrent à cette rigueur, et l'on eut le droit d'en embrasser plusieurs dans une même opération. Dans cet état, l'ac-

(1) La mancipation est un des nombreux cas d'application de l'antique *nexum*; car *nexum est quodcumque per æs et libram geritur*; en d'autres termes, ce mot désigne toute solennité civile où interviennent la balance et l'airain (Festus, v° *Nexum*).

quéreur touche la chose, en prononçant une formule précise, des paroles sacramentelles, *certa verba*, qui affirment l'existence actuelle dans sa personne du droit qu'il veut acquérir : *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio, eaque mihi empta est hoc ære æneaque libra* ; puis il frappe la balance d'un lingot de cuivre, qu'il remet à l'aliénateur en guise de prix. Peut-être y avait-il au début une réelle pesée du métal (*Gaius*, I, 110, 121, 122. — *Ulpien*, R., t. XIX, §§ 3, 6).

In jure cessio. — L'*in jure cessio* est le mode d'acquérir le plus large, puisqu'elle peut également porter sur les *res mancipi* ou *nec mancipi* et sur les choses corporelles ou incorporelles. Ainsi, elle peut s'appliquer notamment aux servitudes personnelles, aux servitudes prédiales sans distinction, aux hérédités et même à la tutelle légitime. Elle dérive de l'*addictio* dont elle n'est qu'une forme; car on entend par *addictio* toute déclaration du magistrat constitutive d'un droit au profit d'une personne qui le demande (*Gaius*, II, 29, 32 et s.).

En elle-même, la *cessio in jure* n'est qu'un procès fictif, un simulacre de l'ancienne revendication intentée dans les formes primitives de l'*actio sacramenti;* aussi Gaius l'appelle-t-il une *Legis actio* (*Gaius*, II, 124).

Elle suppose trois personnes en présence; l'acquéreur qui joue le rôle de demandeur, l'aliénateur qui joue le rôle de défendeur, et le magistrat qui donne à l'acte un caractère public. Sans aucun doute, elle exigea dans les commencements la présence de l'objet aliéné, et, par conséquent, s'il s'agissait d'un immeuble, le déplacement des parties; mais du jour où l'on supprima dans la revendication réelle cette règle gênante, elle dut, à plus forte raison, disparaître dans la revendication fictive de l'*in jure cessio.* L'acquéreur met la main sur la chose et fait la *vindicatio*, c'est-à-dire la solennelle affirmation de son droit de propriété par la formule consacrée : *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio.* Si le procès était sérieux, le défendeur protesterait par une *contra-vindicatio* ou formule pareille, et le magistrat renverrait les parties devant un *judex* chargé de statuer. Mais, le procès n'étant que fictif, sur la question du préteur qui lui demande s'il revendique à son tour, l'aliénateur *negat aut tacet;* de là sort la conclusion que le demandeur est propriétaire, et le magistrat prononce alors l'*addictio*, qui devient la vérité juridique. L'*in jure cessio* est donc une application

manifeste de la maxime que l'aveu fait chose jugée : *Confessus pro judicato habetur*. Elle appartient à la juridiction gracieuse (*Gaius*, II, 24. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 10).

Règles communes à la mancipation et à l'in jure cessio. — Ces deux modes d'acquérir se ressemblent par divers côtés.

1° L'une et l'autre sont du droit civil, c'est-à-dire supposent la *civitas* ou, du moins, le *commercium* chez tous leurs acteurs.

2° L'une et l'autre ne peuvent émaner que d'un propriétaire nanti de la possession. Cette règle est indubitable pour les meubles, puisqu'ils doivent figurer dans la cérémonie; elle reste de toute probabilité pour les immeubles, même après le jour où la présence a cessé d'en être nécessaire. Mais la propriété se transfère dans tous les cas sans le concours de la tradition (*Gaius*, II, 204; IV, 131).

3° La forme de la mancipation et de l'*in jure cessio* se prête indifféremment à des aliénations onéreuses et gratuites.

4° Enfin ces deux modes sont solennels, ce sont des *actus legitimi;* en conséquence, ils impliquent l'intervention directe des intéressés, que nul mandataire ne saurait suppléer; car les paroles de l'acquéreur affirment l'existence du droit dans sa personne, et l'aliénateur doit en être investi lui-même pour y renoncer efficacement. De plus, les modalités suspensives ou résolutoires sont indistinctement proscrites de la mancipation et de l'*in jure cessio*, dont elles entraîneraient la nullité. Mais cette prohibition ne concerne pas le terme ni la condition tacites, c'est-à-dire simplement convenus entre les parties et non exprimés dans la formule immuable de l'acquisition : *Expressa nocent, non expressa non nocent* (L. 77, D., *De reg. juris.*, 50-17).

Ces deux modes d'acquérir, contemporains au moins des Douze-Tables, se maintinrent jusqu'à Justinien. Mais la disparition des *res mancipi* et l'admission d'une quasi-tradition pour les *res incorporales* leur portèrent un coup définitif, et ce prince les supprima (L. 1, C., *De nudo jure Quirit. toll.*, 7-25).

§ II.

De la lex.

Dans un sens général, toute acquisition dérive de la loi, puisque c'est elle qui donne leur force juridique à tous les modes d'acqué-

rir. Mais la propriété s'acquiert spécialement *lege*, dans toutes les hypothèses où la cause de l'acquisition, quoique reconnue par un acte législatif quelconque, n'a pas été classée comme mode d'acquérir individuel et distinct. Ulpien nous en donne pour exemples le legs *per vindicationem* consacré par la loi des Douze-Tables, le *caducum* et l'*ereptoriam* consacrés par la loi Papia Poppæa ; nous les retrouverons dans la théorie des testaments. On peut encore mentionner le singulier *jus accrescendi* que le droit classique avait consacré à l'occasion de l'affranchissement d'un *servus communis* effectué par l'un des maîtres (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donationibus*, § 4. — *Ulpien*, R., t. XIX, §§ 17, 18. — L. 1, C., *De communi servo*, 7-7).

Enfin deux hypothèses particulières : le trésor et l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi doivent trouver leur place ici.

Trésor. — Le trésor ne doit pas se confondre avec les objets cachés ou perdus. C'est une chose mobilière, enfouie dans une autre chose dont elle n'est pas le produit, on ne sait ni quand ni par qui ; en conséquence, elle n'a pas de maître. Le plus souvent, le trésor s'applique en fait à la somme d'argent enfouie dans un immeuble (1).

D'après le principe général de l'occupation, le trésor devrait appartenir intégralement à l'inventeur ; car il est de sa nature un don du hasard, ou, dans le langage des textes chrétiens, un bienfait de Dieu. Mais le droit classique des Romains établit sur ce point des règles spéciales : 1° Le trésor que trouve un propriétaire sur son fonds lui appartient en entier par droit d'occupation. 2° Le trésor trouvé sur le terrain d'autrui appartient pour moitié à l'inventeur, par droit d'occupation, pour moitié au propriétaire du fonds, par une attribution légale qui se fonde sur la présomption que le dépôt est l'œuvre de ses ancêtres ; il n'importe que le maître du terrain soit un particulier, l'État, ou quelque cité. 3° Le trésor trouvé sur un terrain qui n'a pas de propriétaire, notamment sur un terrain sacré ou religieux, appartient pour moitié à l'inventeur, pour moitié au fisc.

Si l'inventeur a fait des fouilles intentionnelles sur le terrain d'autrui, il n'a plus aucun droit au trésor, que le *dominus soli* acquiert alors tout entier.

(1) Le trésor a été ainsi défini par le jurisconsulte Paul : *Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat* (L. 31, § 1, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Cette législation fut l'œuvre d'Adrien dans son ensemble; certains de ses successeurs l'ont modifiée ou rétablie, et Justinien la confirme dans les Institutes (*Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 39. — L. 1; L. 3, § 10, D., *De jure fisci*, 49-14. — Conf., C. C., art. 716).

Acquisition des fruits au possesseur de bonne foi. — Le possesseur de bonne foi d'un meuble ou d'un immeuble acquiert *lege* la propriété des fruits de la chose possédée. Il n'y a pas à considérer s'il peut ou non acquérir la propriété de la chose elle-même par usucapion (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 35. — L. 48, pr., § 2, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1. — Conf., C. C., art. 549, 550).

Est possesseur de bonne foi, quiconque ayant reçu la chose d'une personne qu'il croyait à tort propriétaire, la détient en vertu d'une vente, d'une donation ou de tout autre titre impliquant *justa causa*. S'il acquiert alors la propriété des fruits de cette chose qui ne lui appartient pas, ce n'est point *pro cultura et cura*, comme le dit inexactement Justinien; car il gagne même les fruits étrangers à son travail, et toute sa diligence ne lui en procurerait aucun, si la bonne foi lui manquait. Le vrai motif de la règle est un motif d'équité, le possesseur de bonne foi se croyant propriétaire, dispose sans souci de ces fruits qu'il juge siens; le déclarer redevable d'une valeur équivalente après un temps peut-être long, ce serait le ruiner ou le gêner, et cela, au profit d'un propriétaire négligent; ce serait en outre donner naissance à des comptes compliqués dont les éléments feraient défaut.

Du reste, le possesseur de bonne foi n'a droit qu'aux fruits. Or les produits d'une chose se divisent en deux catégories : 1° les *fruits*; c'est ce que la chose donne périodiquement d'après sa destination normale; on appelle *fruits naturels* ceux qui sortent de la substance de la chose, comme les récoltes de la terre, le lait, la laine, le croît des animaux, et *fruits civils* ceux qu'on perçoit à l'occasion d'un objet stérile en lui-même, comme les loyers d'une maison, les intérêts de l'argent; 2° les *produits* proprement dits; c'est ce que la chose n'est pas destinée à donner périodiquement : tels sont : le trésor, les matériaux extraits des carrières, le part des esclaves (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 37. — L. 27, D., *De hered. petit.*, 5-3).

Conditions de l'acquisition. — L'acquisition des fruits exige deux conditions, outre la juste cause : 1° il faut qu'il y ait eu séparation, c'est-à-dire que, d'une manière quelconque, par le fait du

possesseur ou d'un tiers, ou par toute autre circonstance, les fruits aient été détachés de la chose frugifère; car, jusqu'à ce moment, ils restent confondus avec elle, et le possesseur n'a pas plus de droit sur les uns que sur l'autre (1); 2° il faut, de plus, que la bonne foi persiste au moment de la séparation; car c'est à l'instant où doit se produire l'acquisition que les éléments en sont nécessaires; nous aurons à constater une règle contraire dans la théorie de l'usucapion, suivant la maxime : *Mala fides superveniens non nocet* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 36. — L. 23, § 1; L. 48, § 1, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Effets de l'acquisition. — Lorsque le propriétaire vient à revendiquer la chose, le possesseur est-il tenu de lui restituer les fruits dont il n'a pas disposé et qui restent encore dans ses mains? Pour le droit classique, la négative est probable, parce que les jurisconsultes n'admettaient pas que la propriété, une fois acquise, pût être résolue; le langage des textes paraît sur ce point conforme aux principes (L. 25, § 1; L. 28, D., *De usuris et fruct.*, 22-1) (2).

Mais au temps des Institutes, il en est autrement; le possesseur de bonne foi ne gagne définitivement les fruits que par la consommation, et doit rendre au propriétaire tous ceux dont il se trouve investi lors de la *litis contestatio*. On exprime ce résultat en disant que les *fructus consumpti* lui sont acquis, mais non les *fructus exstantes*. Cette doctrine, incontestable sous Justinien, paraît remonter à Dioclétien (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 35. — L. 22, C., *De rei vind.*, 3-32.)

Elle provient, d'ailleurs, d'une assimilation plus apparente que réelle, de tous les possesseurs de bonne foi au possesseur *bonæ fidei* d'une hérédité. Ce dernier, poursuivi par l'héritier véritable au moyen de la *petitio hereditatis*, devait restituer tous ses profits héréditaires; il gardait donc les *fructus exstantes* dont il avait consommé la valeur, mais il rendait la valeur des *fructus consumpti*, dont il s'était enrichi; ces décisions résultaient du sénatusconsulte Juventien proposé sous Adrien. On les résume dans l'adage si

(1) L'usufruitier se trouve à ce point de vue, dans une situation moins favorable que le possesseur de bonne foi, il ne gagne les fruits que par la perception (L. 25, § 1, D., *De usuris*, 22-1).

(2) Un texte de Paul (L. 4, § 19, D., *De usurp. et usucap.*, 41-2) qui reproduisait la doctrine de l'époque classique a été évidemment altéré par les rédacteurs du Digeste.

connu : *Fructus augent hereditatem* (L. 20, § 6 ; L. 25, § 11, D., *De hered. petit.*, 5-3).

Le possesseur de mauvaise foi est dans une situation bien différente, parce que nulle raison d'équité ne milite en sa faveur. Aussi doit-il restituer au propriétaire de la chose tous les fruits sans distinction ; il est passible de la revendication pour les *fructus exstantes* et d'une *condictio* pour la valeur des *fructus consumpti ;* on va même jusqu'à le rendre responsable des fruits qu'il a négligé de recueillir (*Inst.*, L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 2. — L. 4, § 2, D., *Ad exhibendum*, 10-1. — Conf., C. C., art. 548).

CHAPITRE VIII.

USUCAPION.

(*Inst.*, L. II, t. VI.)

L'usucapion est, comme la tradition, une manière d'acquérir la propriété par la possession. Mais, tandis que la tradition procure en même temps la possession et la propriété, l'usucapion ne procure la propriété que par la voie d'une possession prolongée et revêtue de certaines conditions extrinsèques. De là vient le nom d'*usucapio, capere usu*. L'usucapion est un mode dérivé, à titre particulier et du droit civil (*Ulpien*, R., t. XIX, § 8. — Conf., C. C., art. 2219 et s.).

Pour exposer méthodiquement la théorie de l'usucapion, nous parlerons successivement de l'usucapion classique, de la *præscriptio longi temporis* imaginée par le préteur, et des réformes de Justinien.

PREMIÈRE SECTION.

USUCAPION CLASSIQUE.

A l'époque classique, l'usucapion poursuit un double but et remplit une double fonction.

1° Elle sert à transformer la propriété prétorienne en propriété quiritaire, soit qu'on ait reçu *a domino* une *res mancipi* par simple

tradition, soit que, pour toute autre cause, on ait seulement *in bonis* une *res mancipi* ou *nec mancipi*. Ce premier rôle de l'usucapion est d'une équité manifeste; on y voit le droit civil se corriger lui-même (*Gaius*, II, 41; III, 80).

2° Elle sert à transformer la possession juridique en propriété quiritaire, lorsqu'on a reçu *a non domino* une *res mancipi* ou *nec mancipi* sans la volonté du propriétaire. Dans cette seconde fonction, l'usucapion semble contraire à la justice, puisqu'elle fonde un droit légal sur un fait illégitime. Mais de puissantes considérations d'utilité publique l'ont introduite chez tous les peuples civilisés. Elle allège sensiblement la preuve de la propriété, qui serait difficile et souvent impossible sans elle; ne faudrait-il pas, en effet, que tout acquéreur démontrât la régularité de son acte d'acquisition, ainsi que la préexistence de son droit dans l'aliénateur qui le lui a transmis, dans l'auteur précédent, dans les auteurs de l'auteur, et ainsi de suite à l'infini? De plus, au risque de quelques injustices individuelles dont ne souffriront guère que les négligents, l'usucapion prévient le mal social de l'incertitude dans la propriété, *ne dominia rerum diutius in incerto essent*. Elle a donc sa place marquée dans toute législation bien entendue (*Gaius*, II, 44. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucapionibus*, pr.).

Comme la propriété prétorienne disparut au plus tard sous le règne de Justinien, ce prince ne connaît et ne règle que la seconde des applications classiques de l'usucapion.

§ I.

Conditions de l'usucapion.

L'usucapion appartenant au *jus civile*, est inaccessible à tous ceux qui ne jouissent pas du *commercium;* elle requiert en outre quatre conditions : 1° l'aptitude de la chose à être usucapée; 2° une possession qualifiée; 3° un juste titre; 4° la bonne foi.

I. **Aptitude de la chose.** — Les choses corporelles *in commercio* sont seules susceptibles de possession, et, par conséquent, d'usucapion; en sont donc exclus l'homme libre, les *res sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*. De plus, les fonds provinciaux ne pouvant comporter la propriété quiritaire, l'usucapion leur est inapplicable (*Gaius*, II, 46, 48).

D'ailleurs, certains *obstacles accidentels* résultent souvent de la qualité du propriétaire ou d'un vice de la chose.

A. Sont, par exemple, non susceptibles d'usucapion, *à raison de la qualité du propriétaire :* 1° les *res mancipi* de la femme pubère en tutelle, si elle ne les a livrées elle-même *tutore auctore;* 2° les biens du pupille, dans les limites où le sénatusconsulte de Septime Sévère et les règles postérieures les ont déclarés inaliénables; 3° les biens du fisc; mais une succession vacante n'entre dans cette catégorie qu'après la dénonciation faite aux agents fiscaux; 4° le fonds dotal, à moins que l'usucapion n'ait commencé avant la constitution de la dot (*Gaius*, II, 47. — L. 16, D., *De fundo dotali*, 23-5. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucapionibus*, § 9. — Conf., C. C., art. 1561, 2255).

B. D'autres choses, quel qu'en soit le propriétaire, échappent à l'usucapion par *l'effet d'un vice qui leur est inhérent*. La règle s'applique d'abord aux meubles volés avec ou sans violence, *furto vel rapina;* cette prohibition remonte aux Douze-Tables et fut renouvelée par une loi Atinia en 557 de Rome. La même impossibilité concerne les immeubles occupés par violence; pour eux, la prohibition a sa source dans une loi Plautia de 665 et fut renouvelée par la loi *Julia de vi* sous Auguste. Dans les deux cas, la défense d'usucaper ne s'adresse pas à l'auteur du vol ou de la violence, puisqu'il manque d'autres conditions qu'on va voir; elle ne concerne que les tiers qui recevraient *bona fide* la chose de lui-même ou d'un autre. Le vice s'efface par le retour de la *res vitiosa* aux mains du maître ou de son représentant, pourvu qu'il la reprenne en connaissance de cause et dans l'intention de recouvrer l'exercice de son droit (*Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, §§ 1-8).

II. **Possession qualifiée.** — L'usucapion exige une possession qualifiée, c'est-à-dire accompagnée de certains caractères déterminés. Pour cela, il faut que la possession soit *justa*, non interrompue et continuée pendant un certain temps.

Nature de la possession requise. — Tout d'abord il s'agit ici de la possession juridique, *justa possessio*, exercée à titre de propriétaire, *cum animo domini*. Tous les détenteurs pour autrui, fussent-ils investis d'un droit réel, comme l'usufruitier, et ceux des possesseurs qui ne peuvent se croire propriétaires, comme le créancier gagiste, ne sauraient usucaper pour eux-mêmes; ils usucapent seulement au nom de la personne dont ils reconnaissent le titre supérieur

(L. 13; L. 25, D., *De usucap. et usurp.*, 41-3. — Conf., C. C., art. 2236).

Durée. — Cette possession juridique doit durer deux ans pour les immeubles, un an pour les meubles (*Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, pr. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 8. — Conf., C. C., art. 2265, 2279).

Si les meubles sont plus rapidement usucapés que les immeubles, c'est que, à raison de leur circulation plus active, la propriété en devait rester moins longtemps incertaine. Tant pour les immeubles que pour les meubles, on peut critiquer l'extrême brièveté de l'usucapion; mais il faut songer que la règle date d'une époque où les Romains étaient encore peu nombreux et leur territoire fort étroit. Dans le calcul du délai, on compte de jour à jour, et non d'heure à heure, *a die ad diem, non a momento ad momentum*; de plus, on néglige le jour de l'entrée en possession, mais le dernier jour est réputé accompli aussitôt que commencé, *dies incæptus pro impleto habetur* (L. 6, D., *De usucap. et usurp.*, 41-3; L. 15, D., *De diver. temp. præscrip.*, 44-3. — Conf., C. C., art. 2260, 2261).

On exige d'ailleurs que la possession ait été continue durant tout le délai requis, c'est-à-dire qu'elle n'ait point été perdue par l'une des causes précédemment indiquées. Cette perte de la possession constitue l'interruption naturelle de l'usucapion, *interruptio, usurpatio;* il n'y en a point d'autre dans le droit classique, encore ignorant de ce que nous appelons aujourd'hui l'interruption civile. Ainsi la revendication même du propriétaire n'arrête pas le cours de l'usucapion, réserve faite des tempéraments qu'on appréciera plus tard sur l'action *in rem* (L. 17, 18, 20, 21, D., *De rei vind.*, 6-1. — Conf., C. C., art. 2243 et s.).

Accessio temporis. — Du reste, il n'est pas nécessaire que toute la possession ait été réalisée par la même personne; cette rigueur aurait gêné la libre transmission des biens.

Tout possesseur a le droit de joindre à sa possession la possession de son auteur, comme si les deux n'en faisaient qu'une. C'est ici la théorie de l'*accessio temporis, accessio possessionum;* pour s'en prévaloir, il faut être le successeur, l'ayant cause d'un précédent possesseur. Du reste, les règles relatives à la jonction des possessions diffèrent profondément suivant que l'ayant cause est à titre universel ou à titre particulier. 1° On peut être ayant cause à titre universel, notamment en qualité de *heres*, *bonorum possessor*, *bo-*

norum emptor, adrogator. Dans tous ces cas, la seconde possession n'est que la continuation de la première, qui déteint sur elle, si l'on peut ainsi parler; elle est pour l'usucapion ce qu'était la précédente, efficace ou sans force, et l'on ne tient nul compte de sa valeur propre (1). 2° On peut être ayant cause à titre particulier, notamment en qualité d'acheteur, de donataire, de légataire. Dans tous ces cas, la seconde possession reste indépendante de la première, et le successeur doit être par lui-même en état d'usucaper; moyennant cette qualité, il est maître de répudier la possession de son auteur ou de la joindre à la sienne; son intérêt fait varier son choix, suivant que l'auteur se trouvait ou non *in causa usucapiendi* (L. 19, D., *De usuc. et usur.*, 41-3; L. 15, § 1, D., *De diver. temp. prescrip.*, 41-3. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, §§ 12, 13. — *Sic*, C. C., art. 2235, 2237, 2239).

III. **Juste titre.** — L'usucapion requiert, en outre, un juste titre *justus titulus*; cette condition est rigoureusement exigée, si bien qu'elle ne se présume jamais, et que le possesseur doit la prouver (L. 13, § 2, D., *De Public. in rem.*, 6-2).

En principe, le juste titre de l'usucapion doit s'entendre autrement que la juste cause de la tradition, et consiste dans un fait juridique, un *negotium juris*, indépendant de la mise en possession.

Tantôt ce juste titre est un acte de l'autorité, la volonté d'un magistrat. Cette volonté peut résulter d'une disposition générale de l'édit qui autorise l'usucapion directement et sans nouvelle décision du préteur; ainsi se trouvent *in causa usucapiendi* le *bonorum possessor* et le *bonorum emptor*. Plus rarement elle résulte d'un décret spécial rendu par le préteur, *causa cognita*, et qui légitime la prise de possession (*Gaius*, III, 8. — L. 26, § 6; L. 28 *in fine*, D., *De noxal. act.*, 9-4).

Tantôt le juste titre est un fait émané de particuliers, extrinsèque à la tradition, et qui la motive en manifestant l'intention de la rendre translative de propriété. La tradition est alors une conséquence nécessaire ou facultative du juste titre, selon qu'il oblige, comme la vente, ou n'oblige pas, comme la donation. Mais toujours faut-il supposer qu'elle ne rend pas l'*accipiens* propriétaire, parce qu'elle

(1) Pendant tout le temps qui s'écoule entre le décès et l'adition faite par l'héritier, c'est l'hérédité qui est censée posséder par application de la maxime *hereditas jacens personam defuncti sustinet.*

porte sur une *res mancipi* ou qu'elle dérive d'un *tradens* qui n'est pas propriétaire; de là besoin d'usucaper (1).

La tradition faite en vertu d'un titre simplement imaginaire met-elle *in causa usucapiendi ?* ou, plus simplement le juste titre putatif équivaut-il au juste titre réel ? Cette question suppose non l'erreur de droit, qu'on n'a jamais pu invoquer en matière d'usucapion, mais l'erreur de fait d'un *accipiens* trompé sur l'existence ou sur la validité du titre, qui ne s'est pas réalisé ou qui est légalement nul. Les jurisconsultes classiques, après de longues controverses, semblent se contenter, en règle générale, d'un titre putatif, lorsque l'erreur est plausible, c'est-à-dire n'implique pas de grossière étourderie : plusieurs textes du Digeste font des applications de cette doctrine (L. 11, D., *Pro emptore*, 41-4; L. 67, D., *Pro dote*, 41-9; L. 9, D., *Pro legato*, 41-8). Cette solution, sans doute équitable, était peu pratique et devait faire naître de nombreuses difficultés. Aussi le droit impérial, depuis Dioclétien, exige-t-il rigoureusement le juste titre réel; Justinien consacre dans les Institutes cette dernière décision (*Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, § 11. — L. 24, C., *De rei vind.*, 3-32).

Par dérogation aux règles précédentes, il ne serait pas impossible de relever, à travers les lois romaines, de rares hypothèses où la *justa causa usucapiendi* se confond avec la *justa causa* de la tradition. En d'autres termes, il y a des cas où l'intention corrélative d'aliéner et d'acquérir, jointe à la mise en possession, et dénuée de tout *negotium juris* antérieur ou concomitant, suffit à fonder l'usucapion. Mais ces rares exceptions ne sauraient altérer l'aspect d'ensemble ni la portée véritable de la théorie générale (L. 4, D., *Pro derelicto*, 41-7 ; L. 1, § 2, D., *Pro dote*, 41-9).

La conclusion est donc certaine : la tradition faite *a domino* transfère la propriété plus facilement que la tradition faite *a non domino*

(1) Les justes titres se classent en deux groupes; les uns se réfèrent à un fait précis, unique et invariable, tels sont : les titres *pro donato, pro legato, pro emptore, pro dote,* etc. La seconde catégorie comprend deux justes titres, le titre *pro soluto* et le titre *pro suo;* ils diffèrent des précédents en ce qu'au lieu de se référer à un fait précis et invariable, ils s'appliquent à un ensemble de faits. Ainsi, le titre *pro soluto* s'applique toutes les fois que l'*usucapiens* a reçu la chose en paiement quelle que soit la cause du paiement; quant au titre *pro suo*, l'*usucapiens* l'invoquera dans tous les cas où il ne peut pas baser son usucapion sur un titre portant un nom technique et spécial (L. 1, § 2, D., *Pro dote*, 41-9 ; L. 4, D., *Pro suo*, 41-10).

ne met en voie d'usucaper; car la première n'a nul besoin d'un *negotium juris* valable qui la motive, tandis qu'il est indispensable à la seconde.

IV. **Bonne foi.** — La bonne foi requise en notre matière est l'erreur de fait qui consiste, de la part de l'*accipiens*, à croire le *tradens* propriétaire et capable d'aliéner. On n'exige donc pas cette quatrième condition pour l'usucapion de la *res mancipi* livrée *a domino*, ni pour l'usucapion qui a son juste titre dans un acte de l'autorité.

A la différence du *justus titulus*, la *bona fides* se présume toujours. Cette seule remarque suffit à distinguer l'une de l'autre ces deux conditions de l'usucapion, et renverse le système qui ne voit dans le juste titre qu'un des éléments de la bonne foi (L. 30, C., *De evictionibus*, 8-45. — Conf., C. C., art. 2268).

Trois règles déterminent le rôle de la bonne foi dans l'usucapion : 1° Elle est nécessaire au moment de l'entrée en possession, et non pas à l'instant où se produit le juste titre; par exception, la personne qui usucape *pro emptore* doit être de bonne foi lors de la vente et lors de la tradition; cette singularité tient à la rédaction de l'édit prétorien sur la Publicienne (L. 7, § 11, D., *De Publ. in rem act.*, 6-2). 2° La mauvaise foi survenue dans le cours de l'usucapion n'y met pas obstacle, *mala fides superveniens non nocet* ; cette doctrine est inconséquente, puisque toutes les autres conditions de l'usucapion doivent se prolonger jusqu'à la fin; peut-être s'explique-t-elle par ce fait que l'*usucapiens*, en échange de la propriété qu'il croyait obtenir, a le plus souvent donné quelque chose ou contracté quelque obligation (1). 3° Si la possession est acquise par un représentant, c'est la bonne foi du représenté qu'on exige pour l'usucapion, dont le cours ne s'ouvrira pas avant qu'il ait eu connaissance de l'appréhension faite en son nom. On déroge à cette règle pour la possession *ex causa peculiari* par une personne *in potestate* ; car l'usucapion s'ouvre alors à l'insu du représenté, et ne demande que la bonne foi du représentant (L. 15, § 2; L. 44, § 2, D., *De usuc. et*

(1) Ce motif conduirait logiquement à exiger la persistance de la bonne foi pendant tout le cours de l'usucapion quand l'acquéreur prétend usucaper *pro donato*. En effet, un texte permet de croire que tel était l'avis de certains jurisconsultes de l'époque classique (L. 11, § 3, D., *De Publ. in rem*, 6-2). Mais cette doctrine fut écartée par Justinien qui déclare ne faire aucune distinction entre les titres onéreux et les titres gratuits (L. 1, C., *De usuc. transf.*, 7-31).

usurp., 41-3; L. 2, D., *Pro emptore*, 41-4. — Conf., C. C., art. 2269).

§ II.

Effets de l'usucapion.

L'usucapion achevée produit un double effet; elle consolide le juste titre de l'*usucapiens* et lui fait acquérir *erga omnes* la propriété avec toutes ses charges.

Consolidation du juste titre. — Dans les rapports de l'acquéreur avec son auteur, elle rend définitifs les résultats du juste titre, en supprimant tout danger d'éviction et en mettant l'*usucapiens* dans la situation d'un ayant cause par rapport au *tradens*. Ainsi la personne qui usucape *pro emptore* est désormais tenue de payer le prix d'achat qu'elle pouvait refuser jusqu'alors; celle qui usucape *pro donato* est tenue de supporter les charges de la donation (L. 3, § 4, D., *De acq. vel. amit. poss.*, 41-2; L. 13 pr.; L. 33, D., *De mortis causa don.*, 39-6. — F. V., § 12) (1).

Acquisition de la propriété. — Dans les rapports de l'acquéreur avec le propriétaire, l'usucapion dépouille le second pour investir le premier: le possesseur est dorénavant soustrait à toute action réelle ou personnelle de l'ancien *dominus*, tant pour la chose que pour ses fruits ou produits de tout genre. Mais l'usucapion étant un mode dérivé ne procure la propriété au nouveau maître qu'avec la charge de tous les droits réels quelconques qui la grevaient entre les mains du précédent propriétaire; pour la même raison, elle lui transmet le bénéfice de tous les droits réels qui enrichissaient la chose. On applique la maxime: *Tantum præscriptum quantum possessum* (L. 10, § 1; L. 44, § 5, D., *De usuc. et usur.*, 41-3).

On dit ordinairement que l'usucapion achevée rétroagit au jour de la prise de possession. Rien n'est moins établi que ce prétendu principe. Les textes, en effet, déclarent indistinctement conservés après l'usucapion tous les droits réels qu'a pu rétablir l'ancien propriétaire, avant le début ou dans le cours de la possession. De plus, les acquisitions de l'esclave possédé de bonne foi profitent à son maître, non au possesseur. Enfin la rétroactivité s'accorderait mal

(1) L'usucapion accomplie à la suite d'une *permutatio* formera ou complétera le contrat innomé d'échange (L. 1. § 3, D., *De rer. permut.*, 19-4).

avec cette règle capitale et certaine de procédure qui veut que le juge condamne le possesseur qui n'a terminé son usucapion que depuis la *litis contestatio* (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers. nob. adq.*, § 4. — L. 2, § 21, D., *Pro emptore*, 41-4. — *Gaius*, II, 92).

§ III.

Usucapions exceptionnelles.

A côté de l'usucapion classique existaient quelques anomalies que nous connaissons surtout par les commentaires de Gaius; ces cas exceptionnels sont au nombre de deux : l'*usucapio lucrativa pro herede* et l'*usureceptio* (*Gaius*, II, 52 et s.).

Usucapio lucrativa. — On entendait par *usucapio lucrativa*, ou *pro herede* l'usucapion de biens héréditaires compris dans une succession ouverte et non encore appréhendée. Elle est anormale sous deux rapports : 1° elle échappe aux conditions ordinaires de juste titre et de bonne foi, et s'accomplit par un an, même pour les immeubles ; 2° elle exige en outre des conditions particulières. Car il faut que l'héritier ait pu s'emparer des *res hereditariæ* sans commettre de vol, ce qui suppose qu'elles étaient vacantes ; en outre, la personne qui les possède ou les détient au moment du décès n'est pas admise à *mutare sibi causam possessionis* ; enfin le possesseur doit avoir la *factio testamenti*, c'est-à-dire la capacité d'être héritier du défunt (*Gaius*, III, 201. — L. 1 ; L. 2, § 1 ; L. 4, D., *Pro herede*, 41-5 ; L. 68 ; L. 70, D., *De furtis*, 47-2) (1).

La dernière condition, c'est-à-dire la nécessité de la *factio testamenti*, tient à l'effet primitif de cette usucapion, qui faisait de l'*usucapiens* un véritable héritier. Elle l'investissait non-seulement des choses corporelles qu'il avait possédées, mais encore de tous les autres éléments même incorporels, actif et passif, en un mot, de la succession entière. Gaius qualifie cette institution de *lucrativa* et d'*improba* ; peut-être n'en pénétrait-il plus le véritable esprit. Car il

(1) L'usucapion *pro herede* était-elle possible lorsque la succession était dévolue à un héritier nécessaire ? On l'admettait sans hésiter avant la révision du manuscrit des commentaires de Gaius par Studmund ; mais depuis, la solution contraire s'impose. Le § 58 du C. II de Gaius doit en effet se lire ainsi : *Et necessario tamen herede extante, nihil ipso jure pro herede usucapi potest.* Voir aussi : c. III, § 201 (*Apographum* de Studemund, p. 68. — *Gaius*, édition Dubois, p. 145).

lui donne pour motif le désir ou le besoin qu'aurait éprouvé le législateur de terminer à bref délai la vacance de l'hérédité, dans le double intérêt des créanciers dont les actions restaient en suspens, et des *sacra* du défunt qui se trouvaient interrompus (*Gaius*, II, 54, 55). Mais si tel eût été le résultat poursuivi, il eût suffi d'imposer aux héritiers appelés l'obligation de prendre parti dans le délai d'un an, sous peine de dévolution aux héritiers du degré subséquent, sans consacrer l'usurpation d'un possesseur étranger. Peut-être l'usucapion *pro herede* eut-elle une cause plus noble ; elle fournissait aux cognats, écartés en principe de l'ancienne succession légitime, un moyen facile d'y arriver à défaut d'agnats ; il y avait là pour eux, naturellement informés du décès d'un proche et de l'ouverture de l'hérédité, une vocation indirecte en l'absence de parents civils.

D'ailleurs, toutes ces raisons vraies ou fausses ne tardèrent pas à disparaître; les *sacra* étaient tombés en désuétude, et le préteur avait admis, d'une part, les créanciers à vendre le patrimoine du débiteur mort sans héritier; d'autre part, les cognats à prendre la succession non recueillie par des agnats à l'aide de la *bonorum possessio unde cognati.* Dès ce jour, l'usucapion *pro herede* touche à son déclin; aussi dans une deuxième phase, au lieu de procurer à l'*usucapiens* la qualité d'héritier, elle ne lui confère plus que la propriété des choses corporelles héréditaires qu'il a possédées. Un sénatusconsulte porté sous Adrien la fait entrer dans une troisième période; le véritable *heres*, sans doute aussi le successeur prétorien ou *bonorum possessor*, put désormais, par une *petitio hereditatis fictitia*, obtenir la rescision de l'usucapion même accomplie, c'est-à-dire après l'année, sans distinction entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi; les effets n'en sont donc plus irrévocables qu'à défaut de tout héritier (*Gaius*, II, 57).

Enfin Marc-Aurèle, en organisant une poursuite criminelle, *crimen expilatæ hereditatis*, contre les usurpateurs de biens héréditaires, amena la ruine définitive de l'usucapion *pro herede* (L. 1; L. 2, D., *Expil. hered.*, 47-19. — L. 6, C., *De crimin. exp. hered.*, 9-32).

Usureceptio. — L'*usureceptio*, ainsi que l'indique son étymologie, *usu recipere*, s'applique à certains cas spéciaux où la chose retourne à son ancien maître par une usucapion dispensée des conditions ordinaires. Gaius en signale trois applications : 1° l'*usure*-

ceptio ex deposito; 2° l'*usureceptio ex pignore*; 3° l'*usureceptio ex prædiatura* (*Gaius*, II, 59-61).

Les deux premières n'exigent ni bonne foi ni juste cause, et se réalisent toujours par un an : 1° au profit de la personne qui a fait l'aliénation fiduciaire de sa chose à titre de dépôt, et qui rentre en possession d'une manière quelconque; 2° au profit de la personne qui a fait l'aliénation fiduciaire de sa chose à titre de gage; quand le débiteur gagiste a payé sa dette, on ne recherche pas de quelle manière il redevient possesseur; s'il n'a pas payé, on exige que sa possession ne dérive pas d'un bail ou d'un précaire consenti par le créancier gagiste, et son *usureceptio*, moins naturelle alors, est qualifiée de *lucrativa*. Ces deux hypothèses disparurent lorsque disparut l'usage de constituer le dépôt ou le gage par une aliénation *fiduciæ causa* (L. 16, D., *De oblig. et act.*, 44-7) (1).

La troisième application n'exige ni juste cause ni bonne foi, mais reste soumise pour le délai à la distinction entre les meubles et immeubles. C'est l'*usureceptio ex prædiatura*, assez obscure et très controversée. On appelle *prædiator* l'acheteur d'une chose vendue par le peuple romain; or, dans l'hypothèse où l'État, investi d'une créance et d'un gage, aliène le gage pour se payer, le débiteur qui l'avait constitué peut vraisemblablement l'usucaper, s'il en reprend la possession. Peut-être demande-t-on qu'il ait préalablement désintéressé le fisc en lui payant sa créance ou le *prædiator* en lui remboursant son prix d'acquisition. Ce ne sont d'ailleurs là que des conjectures. On ignore absolument quand et comment disparut l'*usureceptio ex prædiatura* (L. 9, D., *De rescind. vend.*, 18-5).

DEUXIÈME SECTION.

LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.

La *præscriptio longi temporis* est une institution prétorienne qui, à l'exemple de l'usucapion, mais d'une manière beaucoup plus large, se proposait pour but de protéger la possession de bonne foi. Elle fut organisée par le préteur, à une époque qu'il est impossible de préciser, pour combler les lacunes que présentait l'usucapion du droit classique.

(1) L'aliénation fiduciaire sera expliquée à l'occasion du dépôt et du gage.

L'usucapion était en effet insuffisante à un double point de vue. 1° D'abord elle appartenait au *jus civile* et à ce titre, elle restait inaccessible à tous les pérégrins qui n'avaient pas reçu la concession du *commercium.* 2° Ensuite, en sa qualité de mode translatif de propriété quiritaire, elle restait inapplicable à tous les fonds provinciaux qui n'avaient pas été revêtus du *jus italicum.* Ces lacunes n'offraient rien de choquant pour la Rome primitive, qui n'avait ni sujets pérégrins ni provinces; mais elles devinrent intolérables lorsque la république romaine eut étendu au loin ses conquêtes et sa domination (*Gaius*, II, 46, 65).

Conditions. — La *præscriptio longi temporis* est soumise aux règles précédemment décrites pour la bonne foi, le juste titre, le calcul du délai et l'*accessio possessionum.* Mais la durée en est fixée, tant pour les meubles que pour les immeubles, à dix ans entre présents et vingt ans entre absents; la signification de ces mots resta débattue jusqu'à Justinien (*infra*, p. 192).

Effets. — Les effets de la *præscriptio* la séparent nettement de l'usucapion, et sont faciles à déduire d'un principe incontestable. Elle ne constitue pas en effet un mode d'acquérir, mais seulement un moyen de défense; en d'autres termes, elle ne procure pas la propriété, mais seulement une arme de procédure contre la revendication du propriétaire.

On tire de ce principe trois conséquences notables qui constituent tout autant de différences entre l'usucapion et la *præscriptio longi temporis :* 1° Le possesseur qui veut s'en prévaloir doit l'invoquer *in jure* et obtenir que mention en soit faite dans la formule d'action que le magistrat délivre aux parties (1). 2° L'engagement définitif des procès en revendication, c'est-à-dire la *litis contestatio* survenue, avant l'expiration des dix ou vingt ans, interrompt la *præscriptio;* car il est de règle que tout moyen de défense doit être acquis au jour de la demande. 3° La *præscriptio* est opposable à toute action réelle; elle repousse donc, en même temps que le propriétaire, les créanciers hypothécaires, et probablement tous les titulaires de servitudes prédiales non encore éteintes par le non-usage (L. 12, D., *De divers. temp. præscr.*, 44-3. — L. 1; L. 2, C., *Si adversus credit. præscr.*, 7-36; L. 10, C., *De præscript. long. temp.*, 7-33).

(1) La *præscriptio* se plaçait originairement en tête de la formule, *præscriptum erat;* de là le nom de prescription qui a traversé les siècles.

Dans la rigueur de cette théorie, la *præscriptio* ne protégeait que le possesseur; si donc, en dehors des conditions requises pour exercer un *interdictum* quelconque, il venait à perdre la possession, tout lui manquait pour la reprendre. Le préteur fit enfin sortir l'institution de son cadre primitif, et reconnut en pareille hypothèse une revendication utile. Dès lors on put voir dans la *longi temporis præscriptio* un mode prétorien d'acquérir, qui procurait l'*in bonis* (L. 8, pr., C., *De præscrip. trig. vel. quadr.*, 7-39; L. 2, C., *De præscrip. long. temp.*, 7-33).

TROISIÈME SECTION.

USUCAPION DE JUSTINIEN.

En abolissant la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, et en supprimant toute différence entre la propriété quiritaire et la propriété prétorienne, Justinien fit disparaître la première des deux applications de l'usucapion. La communication du *jus civitatis* à tous les sujets de l'empire avait d'ailleurs supprimé l'une des raisons d'être de la *præscriptio longi temporis;* elle perdit l'autre le jour où toute différence fut effacée entre les fonds provinciaux et les fonds italiques. L'empereur eut donc raison de fondre ensemble, par un procédé qui lui était familier, les deux institutions de l'ancien droit pour n'en faire qu'une seule, qui conserva le nom d'usucapion (L. 1, C., *De usucap. transf.*, 7-31).

Conditions. — Les conditions de juste titre, de bonne foi, et les obstacles accidentels susceptibles d'entraver l'usucapion restent ce qu'ils étaient au temps classique. Seulement les mineurs de vingt-cinq ans, qui n'avaient eu jusqu'alors d'autre ressource que la *restitutio in integrum*, jouissent désormais de la même faveur que les pupilles, et leurs biens échappent à l'usucapion; car ils ne peuvent, dans la législation de Justinien, perdre aucun de leurs droits par une prescription d'une durée inférieure à trente ans (L. 5, C., *In quibus causis, in integ. rest.*, 2-41).

Mais la durée de la possession est soumise à des règles nouvelles. Le délai pour les meubles est de trois ans, et pour les immeubles de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents. Justinien, voulant trancher les difficultés que ces expressions avaient soulevées avant lui, décida que le propriétaire et le possesseur seraient

réputés présents, quand ils auraient leur domicile dans la même province, en quelque lieu que fût la chose. S'il y a tantôt présence, tantôt absence, l'usucapion s'achève par un laps de temps à régler proportionnellement entre dix et vingt années (*Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, pr. — L. 12, C., *De præscrip. long. temp.*, 7-33; L. 1, C., *De usucap. transf.*, 7-31. — Conf., C. C., art. 2265, 2266).

La *litis contestatio* n'interrompt pas l'usucapion, et les règles de l'ancienne *usucapio* ont été préférées sur ce point aux principes de la *præscriptio.* En effet, un texte des Institutes prévoit formellement une usucapion accomplie dans le cours du procès en revendication, *inter moras litis* (*Inst.*, L. IV, t. XVII, *De officio judicis*, § 3). Cette doctrine se fonde également sur une exception qu'y apporte l'empereur : si l'*usucapiens* est un absent, un *infans* sans tuteur, un fou sans curateur, il est permis, tant au propriétaire qu'aux créanciers hypothécaires, d'interrompre l'usucapion par une requête, *libellus*, adressée au préteur ou au président de la province, en leur absence à l'évêque ou au *defensor civitatis*, et dans le cas où ces derniers même manqueraient, par une protestation affichée au domicile du possesseur et signée des *tabularii* ou de trois témoins. Mais, dans une Novelle postérieure aux Institutes, Justinien semble abandonner ses premières décisions, et l'on peut admettre sans témérité que, dans le dernier état du droit, la *litis contestatio* est interruptive de l'usucapion (L. 2, C., *De annali except.*, 7-40. — Nov. 119, ch. 7).

Effets. — La nouvelle usucapion, tout comme l'ancienne, a pour effet de transférer au possesseur la pleine propriété, avec les droits réels, actifs ou passifs, qui l'accompagnaient antérieurement. Toutefois, il faut bien observer que les hypothèques sont susceptibles d'une prescription analogue par la durée à l'usucapion de la propriété; en conséquence, la prescription de l'hypothèque et l'usucapion de l'immeuble seront symétriques et s'accompliront à la même date, si le propriétaire et le créancier hypothécaire se trouvent l'un et l'autre présents ou absents; au contraire, si l'un est absent et l'autre présent, la prescription de l'hypothèque et l'usucapion de la propriété ne coïncideront plus dans leur durée (L. 8, C., *De præscrip. trig. vel quadr.*, 7-39; L. 12, C., *De præscrip. long. temp.*, 7-33).

Quant aux servitudes, on verra bientôt qu'elles s'éteignent par le

non-usage (*non utendo*); dès lors leur existence ou leur extinction ne peut pas uniquement dépendre de la possession de l'*usucapiens*.

Reste à signaler trois hypothèses particulières.

Choses aliénées par le fisc. — Jusqu'au règne de Marc-Aurèle les aliénations réalisées par le fisc étaient soumises au droit commun de l'usucapion. Ce prince, afin de protéger le trésor public contre les actions en recours des acheteurs évincés, modifia cette législation, mais seulement en ce qui concerne les aliénations faites en exécution d'une vente. Il décida qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir du contrat, l'acheteur aurait le droit de repousser par voie d'exception le véritable propriétaire et cela, alors même que l'usucapion serait impossible soit à raison d'un vice de la chose, soit à raison de la mauvaise foi de l'acquéreur (L. 3, C., *Si adversus fiscum*, 2-37).

Trois siècles plus tard, Zénon décida que tout acquéreur du fisc, à titre onéreux ou gratuit, aurait, dès la tradition, la propriété franche et libre d'hypothèques, sauf un recours du propriétaire ou des créanciers hypothécaires contre le fisc pendant quatre ans. Cette innovation protectrice des acquéreurs du fisc plutôt que du fisc lui-même, fut, sans l'ombre d'une raison, étendue par Justinien aux aliénations qu'avait faites ou ferait la maison de l'empereur ou de l'impératrice (L. 2; L. 3, C., *De quadrag. præscr.*, 7-47. — *Inst.*, L. II, t. VI, *De usucap.*, § 14).

Præscriptio longissimi temporis. — Dans le droit du Bas-Empire, le possesseur que sa mauvaise foi, le défaut de titre ou les vices de la chose empêchent d'usucaper, n'est plus dénué de toute protection. Théodose le Jeune, dans une constitution célèbre, promulguée en 424, avait posé en règle générale que désormais toutes les actions tant réelles que personnelles s'éteindraient au bout de trente ans; c'est la *præscriptio longissimi temporis*. Le possesseur que nous supposons y trouve donc, après trente ans, un moyen de défense, une exception contre la demande du propriétaire ou des créanciers hypothécaires. Mais il n'acquiert pas la propriété, puisqu'il est en dehors de l'usucapion; par conséquent, vient-il à perdre la possession, il n'aura pas d'action pour la réclamer, et le propriétaire pourra revendiquer contre le nouveau possesseur tant que ce dernier n'aura pas usucapé ou possédé durant trente ans (L. 3; L. 8, C., *De præscrip. trig. vel quadrag.*, 7-39. — Conf., C. C., art. 2262).

En l'année 544, plus de dix ans après la promulgation des Institutes, Justinien décida que le possesseur de bonne foi lui-même, s'il avait acquis d'un possesseur de mauvaise foi et à l'insu du propriétaire, ne serait plus *in causa usucapiendi* et n'aurait d'autre ressource que la prescription trentenaire. C'était bouleverser sans motif sérieux les théories jusqu'alors admises. Il ne faut pas étendre cette étrange décision aux sous-acquéreurs qui recevraient la chose d'un tel possesseur de bonne foi, si l'on ne veut supprimer à peu près l'usucapion (Nov. 119, ch. 7).

Præscriptio quadraginta annorum. — Il est enfin des cas tout à fait exceptionnels, où le possesseur n'est à l'abri de toute action qu'après quarante ans.

Cette prescription exceptionnelle s'applique notamment : 1° aux biens du fisc et de l'empereur; 2° aux immeubles des églises et des établissements religieux ; 3° à l'action hypothécaire, quand elle est dirigée contre le débiteur lui-même (L. 1, § 1, C., *De annali excep.*, 7-40; L. 14, C., *De fundis patrim.*, 11-61. — Nov. 111, 131, ch. 6) (1).

Il est à peine utile de faire remarquer d'ailleurs que cette prescription de quarante ans n'est, comme la prescription de trente ans, qu'une prescription extinctive; ce qui veut dire qu'elle attribue au possesseur un simple moyen de défense, mais qu'elle ne lui confère ni la propriété ni aucune action réelle.

CHAPITRE IX.

ACCESSION.

(*Inst.*, L. II, t. I, §§ 20-34.)

En droit français, l'accession est la réunion de deux choses jointes ensemble de manière à n'en former plus qu'une; elle constitue un mode d'acquérir la propriété (C. C., art. 712). Cette doctrine vient de nos anciens auteurs, et notamment de Pothier, qui croyaient la tirer du droit romain; aux sept modes d'acquérir précédemment

(1) Jusqu'à Justinien, la seule prescription qui pût atteindre les biens des Églises était une prescription de cent ans (L. 23, § 1, C., *De sacros. Eccles.*, 1-2).

énumérés, ils en ajoutaient un huitième qu'ils appelaient accession, et qu'ils rattachaient au droit des gens, comme l'occupation et la tradition. La plupart des auteurs modernes rejettent cette opinion. D'abord, ni Gaius ni Ulpien ne font entrer l'accession dans l'énumération des modes d'acquérir. En second lieu, il est à remarquer que, si l'accession avait été considérée par les Romains comme un véritable mode d'acquérir, ce *modus* n'aurait pas eu de nom spécial puisque, de l'aveu de tous, le mot *accessio* signifie simplement chose accessoire, *quæ accedit*. Enfin nous verrons, remarque plus grave, que tous les résultats attribués à ce prétendu *genus acquisitionis* s'expliquent par d'autres faits juridiques et constituent soit une extension du droit de propriété soit une acquisition *lege* (*Gaius*, II, 18. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 2. — *Pothier*, Propriété, ch. II, nos 150 et s.).

Pour donner lieu à ce qu'on nomme accession, il faut : 1° deux choses qui appartiennent à des maîtres différents, ou dont l'une n'ait pas de maîtres ; 2° une telle combinaison de ces deux choses, qu'il en résulte un tout unique, où l'une disparaisse en devenant l'accessoire de l'autre. Dans cette situation, s'il se produit une acquisition de propriété, ce n'est que par l'effet d'un des modes d'acquérir qui nous sont déjà connus; le terme vague et incertain d'accession désigne l'ensemble de ces cas d'acquisition considérés dans leurs causes et dans leurs résultats pratiques.

Écartons d'abord une hypothèse qui ne saurait, par aucun côté, toucher à notre théorie. Le propriétaire d'une chose en acquiert les fruits et produits divers ; il n'y a là ni accession ni occupation, quoi qu'en dise Justinien; il n'y a que l'exercice pratique de l'un des trois éléments de la propriété, le *jus fruendi*. La justification légale de cet avantage se trouve dans l'idée que les fruits ou produits, avant de se détacher de la chose, en faisaient partie intégrante; ils n'ont, en conséquence, d'autre maître qu'elle. Il résulte de là que le croît des animaux et le *partus ancillæ* appartiennent toujours à la personne qui a la propriété de la mère lors de leur naissance. Mais il serait trop bizarre d'ailleurs de parler d'accession dans tous ces cas où la séparation seule occasionne des droits distincts (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 19. — L. 5, § 2, D., *De rei vind.*, 6-1 ; L. 66, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Les applications véritables de l'accession amènent à distinguer deux grandes hypothèses d'accession : l'accession naturelle et l'ac-

cession artificielle; la première est l'œuvre de la nature; la seconde, émanée de l'un des propriétaires, est la seule qui soulève une question d'indemnité au profit du maître de la chose accessoire.

PREMIERE SECTION.

ACCESSION NATURELLE.

On entend par accession naturelle les diverses modifications que le voisinage d'un cours d'eau peut apporter aux propriétés riveraines. Les Institutes prévoient et réglementent quatre situations diverses : avulsion, alluvion, formation des îles, invasion d'un terrain par les eaux (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 20-24).

Avulsion. — On appelle avulsion (*avellere*) l'action violente du courant qui détache une portion reconnaissable de terrain et va l'adjoindre à un fonds inférieur de la même rive ou de la rive opposée. Ce n'est là qu'une juxtaposition ; il n'en résulte aucun changement dans les droits respectifs des deux propriétaires, parce que le sol n'est pas dénaturé (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 21. — *Contra*, C. C., art. 559) (1).

Alluvion. — L'alluvion est l'accroissement insensible et successif, *incrementum latens*, qui, par l'action lente des eaux, vient augmenter les fonds riverains; elle provient ou de la retraite graduelle du fleuve vers l'autre bord, ou du dépôt prolongé des parcelles de limon charriées par le cours d'eau. On l'attribue au maître du fonds augmenté; car personne n'en pourrait établir la provenance, ni par suite en réclamer la propriété (*Gaius*, II, 70. — *Inst.*, L. II, t. I, *De div. rer.*, § 20. — Conf., C. C., art. 556, 557).

Iles formées dans les fleuves. — Une île se forme dans un fleuve, soit par dessèchement, quand l'eau découvre en s'abaissant une portion du lit, soit par atterrissement, quand le lit s'exhausse sur un point; du reste, quelle que soit la manière dont elle s'est formée, elle appartient aux riverains d'après des règles précises. On suppose le fleuve coupé dans sa longueur, par une ligne médiane imaginaire perpétuellement parallèle aux deux rives et toujours à

(1) Si le terrain ainsi déplacé a entraîné avec lui des arbres qui ont poussé racine dans le fonds inférieur, ces arbres appartiendront, en vertu des principes généraux, au propriétaire du sol dans lequel ils ont jeté des racines (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 21. — *Contra*, L. 7, § 2, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

égale distance des bords. Si l'île se trouve tout entière à droite ou à gauche de la ligne médiane, elle est la propriété exclusive des riverains de ce bord; si l'île est traversée par la ligne médiane, chaque côté appartient aux propriétaires de la rive voisine. Dans les deux hypothèses, la part individuelle de chaque riverain correspond exactement à la longueur du fonds dont il est propriétaire en regard de l'île; il ne s'agit donc pas d'indivision et il ne faudrait pas se laisser induire en erreur par le sens apparent du mot *communis* employé par les textes (L. 29, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Ces îles sont ainsi attribuées, parce qu'on les suppose nées du lit du fleuve. Aussi les îles *per circumlavionem*, c'est-à-dire formées par la bifurcation des eaux en deux branches qui se rejoignent plus bas, restent-elles à leurs maîtres. Quant aux îles flottantes de broussailles et d'autres matières non adhérentes au sol, elles font partie du fleuve plutôt que de son lit, et demeurent publiques, s'il est public (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 22. — L. 30, § 2; L. 65, §§ 2, 3, D., *De acquir. rer. dom.*, 41-1) (1).

Invasion d'un terrain par les eaux. — Cet envahissement des eaux peut constituer ou une simple inondation ou un véritable changement de lit. Dans le premier cas, l'envahissement n'étant que temporaire, ne change rien à la condition antérieure des fonds occupés (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 24).

Dans le second cas, l'envahissement est définitif, et le sol qu'il absorbe cesse d'appartenir aux maîtres précédents. L'ancien lit se partage entre les riverains des deux bords, comme une île coupée par la ligne médiane. Si les eaux venaient à reprendre leur cours d'autrefois, le nouveau lit abandonné ne retournerait pas à ses premiers propriétaires, et serait, d'après les mêmes règles, attribué aux riverains. Tel est du moins le principe abstrait des Institutes; mais il paraît douteux que la pratique l'ait admis; en fait, on attribuait le nouveau lit abandonné aux anciens maîtres (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 23. — L. 7, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1. — Conf., C. C., art. 563).

Principe commun de ces acquisitions. — Pour expliquer les différentes hypothèses juridiques dont nous venons de parler il

(1) Le Code civil, partant d'un autre principe, décide que les îles et îlots formés au sein d'une rivière navigable ou flottable sont la propriété de l'Etat; quant aux îles formées dans une rivière ni navigable ni flottable, elles appartiennent aux riverains d'après les règles du droit romain (C. C., art. 560, 561, 562).

n'est pas nécessaire de reconnaître un mode d'acquérir spécial, qui serait l'accession. L'idée romaine, c'est que le lit des cours d'eau, même des fleuves considérés comme publics, appartient aux riverains. En conséquence, si les propriétaires riverains profitent de l'alluvion, de la formation de l'île ou du changement de lit, ils ne font que recouvrer le libre exercice de leur propriété, jusqu'alors paralysé par l'obstacle des eaux; ces faits augmentent en pratique la valeur de leurs fonds, mais ne constituent pas des causes nouvelles d'acquisition (L. 30, § 1, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

La preuve de cette doctrine s'appuie d'ailleurs sur plusieurs décisions intéressantes : 1° les fonds riverains d'un lac ou d'un étang ne sont pas susceptibles de s'accroître par alluvion; car le lac ou l'étang constitue une propriété distincte; 2° dans le droit classique, parmi les fonds voisins des cours d'eau, les *agri limitati* ne peuvent s'augmenter par aucun des trois moyens précités; car ils sont de contenance invariable et précise. Le lit des fleuves qu'ils bordent n'a donc pas de maître, et, si les eaux l'abandonnent, il appartient, comme l'île ou l'alluvion, au premier occupant, qui sera d'ailleurs dans la plupart des cas le riverain lui-même. Les fonds *non limitati* s'appellent *arcifinii* ou *arcifinales*, parce qu'ils n'ont pas de bornes fixes, mais seulement des limites naturelles, *naturaliter arcentur fines*. Ces distinctions n'existant plus au temps de Justinien, ce prince applique l'alluvion à tous les fonds quelconques (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 20. — L. 12, pr.; 13, § 2; 16, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1.)

DEUXIÈME SECTION.

ACCESSION ARTIFICIELLE.

L'accession artificielle est celle qui résulte plus ou moins directement de l'intervention de l'homme; elle comprend trois exemples principaux : la spécification, la confusion et le mélange, l'incorporation. Sur chaque hypothèse, nous aurons à voir : 1° qui devient propriétaire, 2° comment se règle l'indemnité due au propriétaire de la chose accessoire.

§ I.

Spécification.

La spécification est une expression imaginée par les commentateurs; elle sert à désigner la transformation d'une matière première en une *nova species*. Ainsi, je fais du vin avec des raisins, une statue avec du marbre, un objet d'art avec un lingot de métal. Voilà des cas de spécification (1). Le spécificateur est celui qui a fait ou fait faire pour son compte la *nova species* (L. 27, § 1, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Deux questions surgissent à cette occasion : une question de propriété, une question d'indemnité.

Question de propriété. — Si le spécificateur était propriétaire de la matière qu'il a transformée, la *nova species* lui appartiendrait incontestablement; à l'inverse, s'il avait pour son travail le consentement du maître de la matière, ce dernier la conserverait sans discussion. Mais, en supposant que le spécificateur ait transformé la chose d'autrui à l'insu ou contre le gré du *dominus*, à qui sera attribuée la *nova species?* l'intérêt pratique de la question se révèle au premier examen; on aperçoit notamment que le nouvel objet sera libre ou restera grevé des hypothèques et droits réels qui frappaient la matière première, suivant qu'on l'accordera au spécificateur ou qu'on le laissera au maître antérieur.

Les jurisconsultes classiques se partageaient entre deux doctrines absolues. Les Sabiniens considérant que l'essence d'une chose est dans sa matière, attribuaient la *nova species* au propriétaire de la matière. Les Proculiens donnant au contraire la prépondérance à la forme, en vertu de la maxime : *Forma dat esse rei*, décidaient que le nouvel objet appartiendrait au spécificateur. Un système intermédiaire proposé par le jurisconsulte Paul et consacré par les Institutes fait la part de l'une et de l'autre des opinions extrêmes. La *nova species* est-elle susceptible de retourner à son ancien état,

(1) Justinien cite encore le cas où l'on extrait des épis les grains qui s'y trouvent renfermés; mais Gaius fait remarquer avec raison qu'il n'y a pas là un cas de spécification, puisqu'au lieu de créer une chose nouvelle on se borne à dégager une chose préexistante (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 25. — L. 7, § 7, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

comme un vase d'argent, une statue de métal ? elle appartient alors au maître de la matière. La transformation est-elle irrévocable, comme au cas d'une statue de marbre ou de raisins convertis en vin ? Le spécificateur devient alors propriétaire. Cette distinction s'étend même, malgré le langage équivoque des Institutes, à l'hypothèse où le spécificateur a fourni une partie de la matière (*Gaius*, II, 79. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 25. — L. 24 ; L. 26, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1) (1).

D'ailleurs, ni les Sabiniens, ni les Proculiens, ni Justinien n'admettent ici l'idée d'une acquisition par accession. Quand la *nova species* reste au maître de la matière, il n'acquiert pas ; sa chose, juridiquement identique à ce qu'elle était, reçoit seulement une plus-value. Quand la *nova species* va au spécificateur, c'est que l'ancienne chose est *res extincta ;* il a donc apparu une chose nouvelle, qui lui est acquise à titre de *res nullius*, c'est-à-dire par occupation, ou, si l'on veut, par une application de la *lex*.

Question d'indemnité. — La question de *dominium* une fois vidée, se présente une question d'indemnité à régler soit au profit du maître de la matière, soit au profit du spécificateur ; car personne ne peut équitablement s'enrichir aux dépens d'autrui.

La propriété est-elle attribuée au spécificateur ? Alors, si le maître de la matière est en possession de la *nova species*, il obtiendra une indemnité par l'exception de dol opposée à la revendication. Si le spécificateur est en possession, une distinction est nécessaire. A-t-il été de bonne foi ? le préteur le reconnaît passible d'une action *in factum* jusqu'à concurrence de son enrichissement. A-t-il été de mauvaise foi ? le maître de la matière le poursuivra par l'action civile *ad exhibendum* pour obtenir, avec la valeur de la chose, le montant de l'intérêt qu'il avait à n'en être pas dépouillé. Il est à peine besoin d'ajouter que, dans le cas de vol, le volé jouissait, contre le voleur, quel qu'il fût, de l'*actio furti* et de la *condictio furtiva* (*Gaius*, II, 79. — L. 23, § 5, D., *De rei. vind.*, 6-1. — Conf., C. C., art. 577).

La *nova species* est-elle attribuée au maître de la matière ? alors, si le spécificateur est en possession, et qu'il ait été de bonne foi,

(1) Le Code civil consacre en principe la théorie sabinienne et attribue la propriété de l'objet nouveau au maître de la matière qui reste cependant libre de réclamer, si bon lui semble, la restitution de sa matière en même qualité et quantité ou valeur (art. 570, 571, 576).

l'exception de dol opposée à la revendication pourra lui procurer une indemnité. Pour toute autre situation, les textes sont muets; peut-être, le spécificateur de bonne foi avait-il une action *in factum*, mais il est impossible de l'affirmer.

Écriture et peinture. — Il faut rapprocher de la spécification proprement dite deux faits analogues que les jurisconsultes romains n'en auraient pas dû séparer et qu'ils auraient dû régler par les mêmes principes.

Propriété. — Sur le papier ou le parchemin d'autrui, j'écris mon œuvre propre ou je copie l'œuvre d'un tiers; sur la planche d'autrui, je peins un tableau original, ou je copie le tableau d'un tiers. Dans la première hypothèse, la propriété du tout appartient au maître du papier ou du parchemin, quelle que soit la richesse de l'écriture, *licet aureæ sint litteræ;* dans la seconde, Justinien rétablit une doctrine longtemps écartée à l'époque classique, et donne la propriété du tout au peintre. Pour justifier cette distinction critiquée par Gaius, l'empereur fait observer que l'œuvre d'un Parrhasius ou d'un Apelles ne saurait être l'accessoire d'une planche sans valeur; mais ce motif n'est rien moins que sérieux, car tous les peintres ne sont pas des grands maîtres. Il valait mieux dire que l'écriture ne constitue pas l'œuvre intellectuelle, dont elle n'est que le signe; au contraire, la peinture fait le tableau. Mieux encore aurait valu soumettre les deux cas à des règles uniformes, en investissant toujours de la propriété l'écrivain ou le peintre; on ne peut nier, en effet, que de telles transformations du parchemin ou de la planche ne soient une spécification véritable (*Gaius*, II, 77, 78. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, §§ 33-34).

Indemnité. — La question d'indemnité se tranche facilement pour l'écriture; quand le *scriptor* est en possession et de bonne foi, il a l'exception du dol contre la revendication; lorsqu'il n'est pas en possession, mais de bonne foi, on lui concède une action *in factum* (*Gaius*, II, 77).

Quant au peintre, s'il n'est pas en possession et qu'il revendique, l'exception de dol le forcera bien à restituer le *pretium tabulæ*. S'il possède, et qu'il ait été de mauvaise foi, l'ancien maître de la planche le poursuivra par l'action *furti*. En dehors du vol, l'artiste, bien que propriétaire du tableau, est tenu d'une revendication *utilis*, qui le met en demeure de garder en payant la planche, ou de rendre la planche en obtenant le prix de la peinture (*Inst.*, L. II, t. I,

De divis. rer., §§ 33, 34. — L. 3, § 14, D., *Ad exhibendum*, 10-4).

Les observations qui précèdent ne touchent point à ce que nous appelons aujourd'hui la propriété artistique ou littéraire, c'est-à-dire au droit exclusif de reproduire et d'exploiter une œuvre d'art ou de littérature; l'une et l'autre furent toujours inconnues des Romains. Mais en ces temps où l'écriture à la main était le seul moyen de conservation des ouvrages, l'intérêt purement matériel du débat pouvait atteindre un chiffre souvent élevé.

§ II.

Confusion et mélange.

I. **Confusion** (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 27). — Il y a confusion, lorsque des corps liquides ou liquéfiés appartenant à des propriétaires différents sont réunis, sans constituer une chose nouvelle, mais de manière à n'être plus séparables; car s'ils constituaient une chose nouvelle, nous retournerions à la spécification; et, s'ils étaient séparables, rien ne serait changé dans les droits antérieurs de leurs propriétaires. La confusion, qu'elle soit l'œuvre des propriétaires, du hasard ou d'un tiers, et qu'elle porte sur des matières pareilles ou diverses, *vinum cum vino, aurum cum œre*, etc., aboutit toujours à l'indivision du produit. Chacun des copropriétaires aura l'*actio communi dividundo* et le juge saisi de l'action lui tiendra compte de la quantité et de la qualité de la matière qu'il a fournie à la masse; il adjugera à chacun *pro qualitate et pro quantitate* (L. 5, § 1, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 12, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1. — Conf., C. C., art. 573, 574, 575).

II. **Mélange** (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 28). — Il y a mélange, lorsque des corps solides appartenant à des maîtres divers sont réunis, sans constituer une chose nouvelle, mais de manière à n'être plus discernables; par exemple, le blé de Titius et le blé de Seius sont versés dans le même sac. On distingue alors deux cas : 1° Si le mélange a été fait *ex voluntate dominorum*, le produit est commun, et chacun d'eux a l'action *communi dividundo*; 2° si le mélange est l'œuvre du hasard, ou d'un tiers, ou d'un seul des maîtres, chacun d'eux reste propriétaire de sa chose, parce qu'elle n'a pas perdu son existence distincte; comme le fait alors observer Justinien, le blé ne devient pas plus commun que

ne le serait un troupeau formé des bestiaux appartenant à diverses personnes. Il y a donc lieu à la revendication pour le propriétaire qui ne détient pas la masse. Mais le juge, impuissant à prononcer la séparation des grains de chacun, apprécie d'après leur valeur la portion de l'ensemble dont il doit ordonner la restitution au profit du demandeur : faute par le défendeur de s'exécuter, il sera prononcé une condamnation pécuniaire, sur le *juramentum* du réclamant (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 28).

Quoi qu'il en soit, la translation de propriété qui s'opère dans chacune de ces hypothèses ne suppose pas l'existence d'un mode d'acquérir particulier, sous le nom d'accession. Dans le mélange, la translation réciproque implique le consentement des propriétaires, et paraît donc explicable par la tradition. Dans la confusion, chacune des molécules constitutives de la masse commune se compose, partie de ce qui appartenait à l'un, partie de ce qui appartenait à l'autre; on peut dès lors prétendre qu'il n'y a pas acquisition nouvelle, mais simple juxtaposition de propriétés respectivement conservées. Tout au plus faudrait-il y voir une application de la *lex* considérée comme *modus acquirendi.*

§ III.

Incorporation.

On comprend, sous le nom d'*incorporation*, toutes les hypothèses où deux choses sont réunies sans devenir méconnaissables, mais de telle façon que l'individualité prédominante de l'une absorbe l'individualité de l'autre. La chose accessoire est toujours mobilière; la chose principale est immobilière ou mobilière.

On distingue deux espèces d'incorporations : l'une de meuble à meuble, l'autre de meuble à immeuble (*Inst.*, L. II, t. I, *De divisione rer.*, §§ 26, 29-32).

Incorporation de meuble à meuble, ou adjonction. — L'incorporation d'une chose mobilière à une autre chose mobilière s'appelle proprement adjonction. Les textes en signalent trois principales applications : 1° l'*intextura*, c'est la mise en œuvre d'étoffes; par exemple, sur une robe ou tout autre vêtement, sont appliqués des ornements, broderies, pourpres, etc.; c'est l'hypothèse classique des Institutes; 2° la *ferruminatio*, c'est la soudure immé-

diate et sans aucun intermédiaire de deux métaux l'un sur l'autre; par exemple, une anse est soudée à un vase, un bras à une statue; 3° l'*adplumbatura*, c'est la soudure médiate de deux métaux à l'aide d'un troisième métal, qui est d'ordinaire le plomb (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 26. — L. 23, § 5, D., *De rei vind.*, 6-1).

Dans tous ces cas, la question de propriété ne soulève aucun doute; au maître de la chose principale appartient la chose accessoire en vertu de l'adage : *Accessorium sequitur principale.*

Mais le propriétaire de la chose accessoire doit avoir une indemnité, sans quoi, le propriétaire de la chose accessoire s'enrichirait à ses dépens. Comment l'obtiendra-t-il? On distingue. Possède-t-il le tout? A la revendication du propriétaire qui le réclame, il opposera l'exception de dol pour obtenir la valeur de la chose accessoire. La possession lui fait-elle défaut? On ne lui permet pas *de plano* d'exercer la revendication, parce que *res extinctæ vindicari nequeunt.* Mais, s'il est possible, par une séparation matérielle, de rendre son individualité à la chose accessoire, le maître dépouillé y parviendra par le moyen de l'action *ad exhibendum* et revendiquera ensuite. Si la séparation est impraticable, il intentera à son choix soit une action *in factum*, soit une *condictio* même contre les possesseurs de bonne foi, jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont réalisé. Au surplus, quand l'adjonction a été précédée d'un délit, l'auteur quelconque du délit est passible de toutes les actions qui en découlent, notamment de l'action *furti* et de la *condictio furtiva* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 26. — L. 6, D., *Ad exhib.*, 10-4; L. 23, § 4, D., *De rei. vind.*, 6-1. — Conf., C. C., art. 565-569).

L'adjonction s'explique aisément, sans qu'il soit besoin de considérer l'accession comme un mode d'acquérir. D'abord, au cas où la séparation peut se faire, la propriété de la chose accessoire est plutôt paralysée que perdue; car il suffit de l'action *ad exhibendum* pour donner jour à la revendication. Dans le cas contraire, la chose accessoire n'a plus d'existence propre, et son maître est dès lors empêché de dire *hæc res mea est;* la possession et par suite la propriété du *dominus* de la chose principale s'étendent d'elles-mêmes sur les diverses parties du tout. A proprement parler, le propriétaire de la chose principale n'acquiert rien de nouveau, il profite seulement d'une plus-value survenue à sa chose par suite de l'adjonction; à tout prendre, si l'on veut absolument voir ici une véritable acquisition, on peut dire que la chose accessoire est

devenue une *res nullius* dont la propriété a été acquise par occupation.

Incorporation de meuble à immeuble. — L'incorporation de choses mobilières à un immeuble comprend trois hypothèses importantes : la construction ou *inædificatio,* la plantation ou *implantatio,* l'ensemencement ou *satio.*

Inædificatio. — A propos de l'*inædificatio*, une règle bien connue exprime que toutes les constructions faites sur le sol ou dans le sol en deviennent partie intégrante, et que la propriété du sol emporte la propriété des constructions : *Superficies solo cedit* (*Gaius*, II, 73).

Cette règle reçoit deux applications également célèbres.

A. — Le propriétaire d'un terrain y construit une maison avec les matériaux d'autrui (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 29).

La propriété de la maison appartient sans nul doute au maître du sol. Mais la propriété des matériaux, considérée isolément, demeure à leur maître antérieur; si donc un événement quelconque, par exemple la ruine de la construction, leur rendait une existence distincte, le propriétaire des matériaux reprendrait l'exercice de la revendication. Aucune usucapion de l'édifice ne saurait même atteindre les matériaux, parce que la possession d'un ensemble n'implique pas la possession de ses éléments constitutifs (L. 23, § 7, D., *De rei vind.*, 6-1). Tant que la maison reste debout, la revendication des matériaux est paralysée; peut-on la ranimer en obtenant la démolition par l'action *ad exhibendum?* La loi des Douze-Tables s'y oppose expressément; car, il y aurait une perte nette pour la fortune publique et aucun avantage sérieux pour le réclamant, à transformer les matériaux en décombres et à détruire la main-d'œuvre.

Cependant le propriétaire dépouillé des pierres et des poutres qui ont servi à la construction court risque d'attendre longtemps l'écroulement de la maison. Il a donc la faculté, si bon lui semble, d'exiger une indemnité immédiate, en perdant ainsi le droit de revendiquer plus tard ses matériaux. Distinguons deux cas possibles :

1° *Les matériaux ont été volés.* Alors si le propriétaire du terrain a construit de mauvaise foi, il est personnellement auteur ou complice du vol; le volé lui réclamera, par l'action pénale *furti,* une somme double ou quadruple du préjudice, suivant que le *furtum* a

été *manifestum* ou *nec manifestum*. En outre, le préjudice lui-même sera réparé, soit par la *condictio furtiva*, soit par l'*actio ad exhibendum* ou la revendication; car il est de règle que nul ne se dérobe à ces deux dernières actions en se mettant frauduleusement dans l'impuissance de restituer, et l'exercice n'en est ici proscrit qu'à l'égard de la démolition. Si le propriétaire du terrain a construit de bonne foi, ou si l'on ne peut établir sa mauvaise foi, le maître des matériaux est investi d'une action spécialement créée par les Douze-Tables, et qui se nomme *de tigno juncto*; elle lui procure pour toute indemnité le double de la valeur des *tigna furtiva* (L. 1, D., *De tigno juncto*, 47-3) (1).

2° *Les matériaux n'ont pas été volés*, ce qui suppose nécessairement que le propriétaire du terrain les a employés de bonne foi. Dans ce cas, le propriétaire des matériaux pourra intenter contre le constructeur les actions que le droit commun peut lui offrir et notamment les actions *locati, depositi, commodati* ou *pigneratitia*; il suffit de supposer que les matériaux ont été transmis à l'un des auteurs du constructeur à titre de louage, de dépôt, de commodat ou de gage. A défaut d'actions de ce genre, les textes étant muets, il est à croire que les jurisconsultes déclaraient le constructeur passible de la même action *in factum* qui se donnait contre l'auteur de l'adjonction, au cas où la séparation de l'accessoire était impossible (Conf., C. C., art. 554).

B. — Le propriétaire des matériaux les emploie à bâtir une maison sur le terrain d'autrui (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 30).

La propriété de la maison appartient toujours au maître du sol. Quant à l'indemnité, nous avons à faire une distinction essentielle basée sur la bonne foi ou sur la mauvaise foi du constructeur.

1° *Le constructeur est de bonne foi.* Pour avoir cette qualité, il a dû se croire propriétaire du terrain; mais il ne paraît pas nécessaire qu'à cette opinion de fait vienne se joindre une *justa causa possidendi* (L. 37, D., *De rei vind.*, 6-1).

(1) Quelques auteurs, s'appuyant sur le texte général des Institutes, prétendent que le propriétaire des matériaux est toujours investi de l'action *de tigno juncto*, même au cas où les matériaux n'auraient pas été volés. Mais cette interprétation, d'ailleurs généralement abandonnée, est démentie par différents textes du Digeste (L. 1, D., *De tigno juncto*, 47-3; L. 63, D., *De don. int. vir. et ux.*, 24-1).

Alors est-il en possession? il paralyse la revendication par une exception de dol qui lui procure, au choix du demandeur, tantôt le remboursement de la dépense intégrale, *pretium materiæ et mercedes fabrorum*, tantôt la plus-value résultant de la construction. Car, en restituant la dépense inférieure à la plus-value, le revendiquant fait un gain sans appauvrir le constructeur; en payant la plus-value inférieure à la dépense, il appauvrit le constructeur sans faire de gain; des deux côtés la justice est satisfaite. Le juge saisi de la contestation peut même contraindre le constructeur à l'enlèvement de ses travaux sans indemnité, si le maître du sol est hors d'état d'en fournir une (L. 38, D., *De rei vind.*, 6-1). Cette doctrine, à la fois équitable et juridique, résulte dans son ensemble d'un texte bien préférable à l'affirmation trop étroite des Institutes qui semblent dire que le constructeur aura toujours droit au remboursement de la dépense totale (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 30).

Lorsque le constructeur de bonne foi n'est pas en possession, les jurisconsultes semblent unanimes à lui refuser toute action, sous le prétexte qu'il n'est intervenu ni contrat ni fait équivalent entre le maître du sol et lui; il n'a d'autre droit que de revendiquer les matériaux après la démolition. C'est une étonnante violation de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 48, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 33, D., *De cond. indeb.*, 12-6; L. 14, D., *De doli mali et met.*, 44-4. — L. 2, C. *De rei vind.*, 3-32) (1).

2° *Le constructeur est de mauvaise foi.* Les Institutes reproduisent encore la présomption trop absolue de l'ancien droit qui voulait que le constructeur de mauvaise foi fût censé avoir fait une donation au propriétaire du sol; aussi n'avait-il alors ni l'exception de dol ni la faculté de réclamer les décombres de l'édifice détruit (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 30).

Mais, dès le troisième siècle de notre ère, Caracalla autorisait le constructeur à revendiquer les matériaux après la démolition, en faisant la preuve qu'il n'avait pas agi *animo donandi;* Ulpien et Gordien, probablement sous la même condition, lui permettaient, s'il était possesseur, d'enlever ses travaux, à la charge d'éviter

(1) On verra que l'action Publicienne et les interdits permettaient, en certains cas, de tempérer les inconvénients pratiques de cette doctrine. Car si le constructeur est dans les conditions requises pour invoquer soit l'interdit *uti possidetis*, soit l'interdit *unde vi*, soit l'action Publicienne, il pourra récupérer la possession et une fois remis en possession, aura le droit de se faire indemniser.

toute détérioration du fonds (L. 37, D., *De rei vind.*, 6-1. — L. 2; L. 5, C., *De rei vind.*, 3-32. — Conf., C. C., art. 555).

Implantatio (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 31). — L'*implantatio* est soumise au même principe que l'*inædificatio*. Les arbres, et plus généralement les végétaux, font partie intégrante du sol où se développent leurs racines, et, par conséquent, appartiennent au propriétaire du sol : *plantæ quæ terra coalescunt solo cedunt*. Cette maxime venait de la croyance erronée que les plantes se nourrissent uniquement par leurs racines.

Les conséquences en sont faciles à déduire : 1° l'arbre, que je transplante sur mon terrain, m'appartient dès qu'il y a pris racine; mais, si j'ai été de mauvaise foi, le propriétaire de l'arbre aura contre moi les actions qui naissent du vol, et dans le cas contraire une revendication *utilis*. 2° L'arbre que je transplante sur votre terrain, vous appartient dès qu'il y a pris racine; par suite, tant qu'il y reste adhérent, je serai traité comme le constructeur sur le sol d'autrui; mais, une fois déraciné, l'arbre ne pourra pas être revendiqué par moi, parce qu'il s'est transformé en vivant et n'est plus le même. 3° L'arbre qui plonge ses racines dans deux fonds est commun aux deux propriétaires, proportionnellement à la quantité de racines qu'il a chez l'un et chez l'autre, le tronc fût-il tout entier d'un seul côté. Ces diverses conséquences qui ne sont que l'application des principes, sont consacrées par les Institutes et par le Digeste (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 31. — L. 38, D., *De rei vind.*, 6-1; L. 8, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Satio (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 32). — La *satio* produit des résultats analogues. Les semences de quelqu'un, mises dans le terrain d'autrui, appartiennent au maître du sol, qui reste exposé aux diverses demandes d'indemnité précédemment indiquées. Mais à la différence des arbres, qui ne sont attribués au *dominus soli* qu'après avoir poussé racine, le simple dépôt des semences, même avant toute germination, est translatif de propriété, car elles se trouvent immédiatement confondues avec le sol. — L. 9, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Dans tous ces cas d'incorporation, on voit disparaître provisoirement ou définitivement la chose accessoire, et la chose principale s'enrichir, soit d'une *res nullius* par occupation, soit plus simplement d'une plus-value. On n'a donc nul besoin de recourir à l'idée d'un mode d'acquérir qui serait l'accession, ni même d'une acqui-

sition quelconque; car l'objet incorporé n'est passible d'aucune revendication, et il retourne à son ancien maître en même temps qu'il recouvre son individualité.

CHAPITRE X.

SERVITUDES.

(*Inst.*, L. II, t. III-V.)

Les différents attributs de la propriété, nous le savons déjà, ne se trouvent pas toujours réunis dans les mêmes mains; il arrive souvent en effet que le *dominium* est plus ou moins gravement atteint ou altéré dans ses conséquences pratiques. On dit alors que la propriété est démembrée; les principaux et les plus importants démembrements de la propriété sont les servitudes.

Les servitudes sont donc des charges réelles grevant la propriété d'autrui.

Division des servitudes. — Une servitude, *lato sensu*, est en effet un droit réel qui astreint une chose à des services particuliers en faveur d'une personne ou d'un fonds. De là résulte une division fondamentale. Certaines servitudes existent au profit d'une personne sur une chose immobilière ou mobilière; on les appelle personnelles : *Servitutes personarum vel hominum.* D'autres existent au profit d'un fonds sur un fonds, et s'appellent *prédiales* ou *réelles : Servitutes prædiorum vel rerum.* Le sujet actif du droit est une personne dans le premier cas, un fonds dans le second. Il est bien vrai qu'en définitive, l'avantage pratique de la servitude revient toujours à un individu; mais, tandis que la servitude prédiale ne lui profite que par l'intermédiaire du fonds, et tant qu'il le garde, la servitude personnelle, au contraire, lui profite directement, et sans aucun intermédiaire.

Les servitudes prédiales et personnelles ont des traits marqués de ressemblance.

Nature des servitudes. — Les servitudes tant personnelles que réelles ont pour résultat identique de constituer des démembrements de la propriété; car les divers éléments du *dominium* peuvent se trouver distribués entre plusieurs mains. De ce prin-

cipe découlent trois conséquences importantes : 1° la servitude, comme la propriété, n'a jamais pour objet qu'une chose corporelle, et ne saurait notamment porter sur une autre servitude : *Servitus servitutis esse non potest;* 2° on n'a jamais de servitude sur sa propre chose : *Nemini res sua servit, nemo ipse sibi servitutem debet;* 3° la servitude, à l'exemple de la propriété, n'impose à personne aucune obligation active; elle n'entraîne jamais, à la charge de qui la subit, la nécessité d'accomplir un fait ou d'exécuter un ouvrage. Le maître de la chose asservie n'a d'autre devoir que de n'apporter aucun obstacle à la jouissance du titulaire de la servitude, ou de s'abstenir de certains actes que son droit de propriété par lui-même autoriserait. En d'autres termes, si la servitude est tantôt positive, tantôt négative pour qui l'exerce, elle est toujours négative pour qui la supporte; elle consiste pour le premier *in faciendo, vel in habendo, vel in prohibendo,* mais seulement *in patiendo vel in non faciendo* pour le second. C'est le sens de l'adage : *Servitus in faciendo consistere nequit* (L. 1, D., *De usu et usufructu*, 33-2; L. 26, D., *De servit. præd. urban.*, 8-2; L. 10, D., *Communia præd.*, 8-4).

Caractères des servitudes. — Les servitudes présentent deux caractères généraux qui les distinguent des autres droits réels.

Le plus important, c'est d'avoir pour objet des services particuliers à retirer d'une chose. Qu'un propriétaire s'oblige uniquement à se priver d'une partie des services de son bien, sans les transférer à quelqu'un, il n'y aura là ni servitude ni même engagement valable; pas d'intérêt, pas de droit. D'ailleurs, l'avantage des servitudes n'est pas nécessairement pécuniaire, il peut consister en un simple agrément. Mais, comme il revêt des formes innombrables, la définition des servitudes ne saurait préciser l'utilité qu'elles procurent; c'est là ce qui les sépare de l'hypothèque dont les résultats pratiques sont toujours précis et invariables. Les servitudes diffèrent sous un autre aspect de la superficie et de l'emphytéose, qui embrassent indistinctement tout le profit d'une chose; les servitudes n'en absorbent qu'une partie déterminée (L. 15, D., *De servitutibus*, 8-1; L. 3; L. 15, D., *De servit. præd. urban.*, 8-2).

L'autre caractère général des servitudes, c'est d'établir un rapport défini et immuable entre le sujet et l'objet du droit. Le sujet est individuellement connu, personne ou fonds. Le rapport aura

donc la même durée que ses deux termes, et s'éteindra par la disparition ou la transformation de l'un ou de l'autre. En conséquence, 1° les servitudes prédiales sont perpétuelles en fait; les servitudes personnelles sont viagères au plus; 2° les servitudes sont incessibles; 3° les servitudes persistent après l'aliénation de la chose asservie ou du fonds dominant (L. 23, § 2, D., *De servit. præd. rustic.*, 8-3).

PREMIÈRE SECTION.

SERVITUDES PRÉDIALES.

(*Inst.*, L. II, t. III.)

La servitude prédiale, *servitus prædiorum,* suppose deux fonds appartenant à des propriétaires différents; on peut la définir : une charge établie sur un fonds au profit et pour l'utilité d'un autre fonds. L'immeuble investi de la servitude, dans notre langue *fonds dominant*, s'appelle en latin *fundus cui servitus debetur;* l'immeuble grevé de la servitude, dans notre langue *fonds servant*, s'appelle en latin *fundus serviens*, *servus*, *qui servit*, *qui servitutem debet.* Que si le fonds est libre de toute servitude, les textes le qualifient de *fundus liber* ou encore de *fundus optimus maximusque.* C'est la condition normale des fonds, car les restrictions à la propriété ne sauraient se présumer (L. 23, §§ 2, 3, D., *De servit. præd. rustic.*, 8-3; L. 9; L. 14, D., *De servitutibus*, 8-1) (1).

§ I.

Éléments constitutifs et caractères juridiques des servitudes prédiales.

L'essence de toute servitude prédiale, c'est que le service qui en fait l'objet soit rendu par un fonds à un autre fonds pour en augmenter l'utilité ou l'agrément ou pour en faciliter l'exploitation. A défaut de cette condition, il peut y avoir servitude personnelle ou créance; il n'y aura pas servitude prédiale. De ce principe qui

(1) Notre Code civil leur donne le nom de servitudes ou de services fonciers (art. 637 et s.).

est le pivot de toute la théorie, il résulte qu'une servitude prédiale requiert quatre éléments constitutifs, sans la réunion desquels elle ne saurait exister.

Éléments constitutifs. — Il faut en effet, pour qu'une servitude prédiale soit possible, qu'elle s'établisse entre deux fonds appartenant à des propriétaires différents et suffisamment voisins pour permettre l'exercice du service foncier; il faut en outre qu'elle s'analyse en un avantage au profit du fonds dominant et en une charge au profit du fonds servant.

1° *La servitude prédiale suppose deux fonds appartenant à deux propriétaires différents.* — On conclut de là que la servitude prédiale est un droit réel immobilier à la différence de la servitude personnelle qui est un droit tantôt mobilier, tantôt immobilier; on en conclut encore que la servitude devient juridiquement impossible dès que les fonds se réunissent entre les mains d'un propriétaire unique; c'est l'application de la règle : *Nemini res sua servit* (L. 1, D., *Quemad. servitut. amittuntur*, 8-6).

2° *La servitude prédiale requiert le voisinage des deux fonds.* — Cette règle veut dire que rien, dans la disposition matérielle des lieux ne doit s'opposer à l'existence et à l'utilité effective de la servitude. D'ailleurs le *voisinage* dont il est ici question ne signifie pas *contiguité;* il n'est pas nécessaire que les deux fonds se touchent, il faut et il suffit que la situation des fonds soit telle que la servitude puisse en fait s'exercer (L. 5, § 1, D., *De serv. præd. rustic.*, 8-3).

3° *La servitude doit consister en un droit réel établi au profit du fonds dominant.* — Il faut que la servitude prédiale procure une utilité et une valeur plus grande au fonds dominant, abstraction faite du propriétaire. Donc tout avantage qui profiterait personnellement au *dominus*, sans profiter à l'immeuble, comme le droit de se promener, de chasser, de pêcher, fût-il établi pour tous les possesseurs présents et futurs, ne constituerait pas une servitude prédiale. Cette règle s'exprime en disant qu'aucune servitude prédiale ne peut s'établir au profit d'une personne, et c'est pour exprimer cette même idée que Celsus considère fort exactement les servitudes comme des *qualités* du fonds dominant. *Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* (L. 86, D., *De verb. sig.*, 50-16; L. 8, D., *De servitut.*, 8-1).

Ce principe est fécond en conséquences pratiques, il en résulte notamment que l'étendue de la servitude doit être déterminée par les besoins du fonds dominant et non par les convenances personnelles du propriétaire de ce fonds (L. 5, § 1, D., *De serv. præd. rustic.*, 8-3. — Conf., C. C., art. 686).

4° *La servitude prédiale doit consister en une charge grevant le fonds servant.* — Il faut que la servitude aboutisse à une restriction imposée au fonds qui doit le service. En conséquence toute charge qui gréverait les propriétaires ou possesseurs du fonds ne serait point une servitude prédiale; aussi le propriétaire du fonds servant ne peut pas être tenu *ad faciendum*, il est simplement obligé de laisser faire *ut patiatur, non ut faciat.* Cette règle s'énonce ordinairement en disant qu'une servitude prédiale ne peut pas s'établir à la charge d'une personne (*Inst.*, L. II, t. III, *De servitut.*, § 3. — Conf., C. C., art. 686).

Caractères juridiques. — Indépendamment des caractères généraux applicables à toutes les servitudes, les servitudes prédiales présentent deux caractères particuliers : elles sont indivisibles et perpétuelles.

I. *Les servitudes prédiales sont indivisibles.* — Cette règle ne veut pas dire que les avantages n'en puissent être fractionnés et ne soient susceptibles de plus ou moins; il est certain, au contraire, que le constituant est maître de régler à son gré le *mode*, c'est-à-dire les conditions d'exercice de la servitude, par exemple, en précisant les jours et les heures de passage, la quantité d'eau à puiser, de sable à extraire (L. 4, § 1, D., *De servitutibus*, 8-1).

L'indivisibilité signifie qu'une servitude prédiale ne saurait exister, soit au profit, soit à la charge d'une portion indivise d'un fonds ni se décomposer elle-même en portions indivises. Ainsi le veut le bon sens; un droit de passage, d'aqueduc, d'extraction de sable s'exerce de toute nécessité sur l'immeuble tout entier ou sur un point matériellement déterminé de l'immeuble; comment s'exercerait-il sur une part indivise ? et comment une part indivise en pourrait-elle profiter seule ? On tire de là trois corollaires.

a. La servitude ne s'établit jamais pour une portion indivise d'un fonds; par conséquent, si parmi les copropriétaires du fonds qu'il s'agit de rendre servant ou dominant, un seul ne peut ou ne veut consentir, la constitution est impossible (L. 2, D., *De servitutibus*, 8-1. — L. 19, D., *De servit. præd. rust.*, 8-3).

b. La servitude ne s'éteint jamais pour une portion indivise d'un fonds; par conséquent, si la volonté ou la capacité de l'anéantir manque à l'un des copropriétaires du fonds dominant, ou si l'extinction n'est pas consentie à tous les copropriétaires du fonds servant, la servitude demeure intacte (L. 16, D., *Quemad. serv. amitt.*, 8-6) (1).

c. Une servitude prédiale doit nécessairement s'exercer ou se demander en justice pour le tout, on ne pourrait ni l'exercer ni la demander pour une part indivise. En conséquence, les actions relatives à une servitude ne sont pas susceptibles de s'intenter pour partie, qu'elles soient personnelles ou réelles (L. 17, D., *De servitutibus*, 8-1; L. 4, §§ 3, 4, D., *Si servitus vindicetur*, 8-5) (2).

II. *Les servitudes prédiales sont perpétuelles.* — Ce caractère qui distingue si profondément les servitudes prédiales des servitudes personnelles veut dire que le service foncier continue à grever indéfiniment le fonds servant au profit du fonds dominant tant qu'un mode normal d'extinction n'est pas intervenu, ou tant que l'un des fonds n'a pas été anéanti. La perpétuité des servitudes prédiales se comprend en droit et en fait; elle se comprend en droit puisque la servitude prédiale étant un démembrement du *dominium* doit participer de sa nature; elle se comprend en fait puisque la servitude prédiale augmente sensiblement la valeur du fonds dominant et qu'elle facilite d'ailleurs l'exploitation de la propriété agricole (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 1).

Mais si le principe est juste en lui-même, les jurisconsultes romains ont eu le tort d'en tirer deux conséquences exagérées. 1° Ils en ont conclu d'abord qu'une servitude prédiale ne pouvait être grevée d'aucune modalité résolutoire expresse ou tacite : *dies ad quem* ou *conditio ad quam;* toute modalité de ce genre est sup-

(1) Les textes font une intéressante application de cette règle. Supposons un fonds dominant appartenant à plusieurs copropriétaires parmi lesquels se trouve un mineur de vingt-cinq ans ; la servitude s'éteint *non utendo*, mais le mineur demande et obtient la *restitutio in integrum* pour se faire réintégrer dans son droit. Dans ce cas, la servitude ainsi rétablie à l'égard du mineur sera également réputée rétablie à l'égard des maîtres majeurs qui auront conservé la servitude pour le tout (L. 10, pr., D., *Quemad. servit. amitt.*, 8-6. — Conf., C. C., art. 710).

(2) C'est également pour le même motif que les legs de servitude, tombant sous l'application de la *querela inofficiosi testamenti* ou de la loi Falcidie, ne peuvent pas être réduits en nature (L. 80, § 1, D., *Ad legem Falcid.*, 35-2).

primée *jure civili* et la constitution de la servitude est réputée pure et simple (L. 4, pr., D., *De servitut.*, 8-1). 2° Ils en ont conclu également que toute servitude prédiale devait avoir une *causa perpetua*. On entendait par là un état de choses assez fixe et assez permanent pour que l'exercice de la servitude puisse se prolonger pendant une durée indéterminée, sans qu'on pût en prévoir ni en préciser d'avance l'extinction. L'avantage accidentel et passager dont jouirait un immeuble ne serait donc pas une servitude; car on ne saurait y voir une manière d'être, une qualité de cet immeuble. En pratique, la nécessité de la *causa perpetua* se révélait surtout à l'occasion des servitudes d'eau. Ainsi le *jus aquæ ducendæ* et le *jus aquæ hauriendæ* ne pouvaient s'établir que sur des sources, des eaux alimentées par une source ou par des eaux pluviales; on ne les admettait point sur des réservoirs susceptibles de s'épuiser, comme les étangs, les citernes, ou même les lacs et les puits non entretenus par des eaux vives (L. 28, D., *De servit. præd. urb.*, 8-2; L. 9; L. 23, § 1, D., *De servit. præd. rustic.*, 8-3).

§ II.

Classification des servitudes prédiales.

Les servitudes prédiales se divisent en servitudes rurales, *jura prædiorum rusticorum*, et servitudes urbaines, *jura prædiorum urbanorum*. Ces termes sont pris dans un autre sens qu'en matière de tutelle; on entend ici par *prædium rusticum* tout immeuble non bâti, même à la ville, et par *prædium urbanum* toute construction, même à la campagne. Si le même fonds comprend des terrains bâtis et d'autres non bâtis, le principal imprimera son caractère à tout le reste (*Inst.*, L. II, t. III, *De servitutibus*, pr. — L. 198, D., *De verb. sign.*, 50-16).

Intérêts pratiques de la division. — La classification des servitudes en *jura prædiorum urbanorum* et en *jura prædiorum rusticorum* n'est pas une division purement théorique, elle présente au moins trois intérêts pratiques. 1° Les servitudes rurales sont toutes des *res mancipi* et par suite, peuvent toutes s'établir par la mancipation; les servitudes urbaines sont au contraire des *res nec mancipi*, en conséquence elles ne sont pas susceptibles de *mancipatio* (*Gaius*, II, 17 — *Ulpien*, R., t. XIX, § 1). 2° Les servitudes ru-

rales peuvent être grevées d'hypothèque, tandis que les servitudes urbaines ne peuvent pas l'être (L. 11, § 3; L. 12, D., *De pignoribus et hyp.*, 20-1) (1). 3° Les servitudes rurales s'éteignent par le simple non usage et le délai qui doit amener l'extinction du droit part du jour où le dernier acte d'exercice de la servitude a été accompli; les servitudes urbaines exigent, au contraire, pour que le délai de non usage puisse courir qu'il ait été fait un acte contraire à l'exercice de la servitude, c'est ce qu'on appelle l'*usurpatio libertatis* (L. 6, D., *De servit. præd. urb.*, 8-2).

Sens précis de la division. — La recherche du sens précis de cette division est une des grandes difficultés de la matière.

1° Pour les uns, la nature de la servitude correspondrait à la nature du fonds dominant : est-il rural, la servitude est rurale; est-il urbain, la servitude est urbaine. Mais on peut objecter que les textes considèrent toujours la servitude de passage comme rurale, abstraction faite de l'immeuble qui en profite (L. 1, D., *De servit. præd. rustic.*, 8-3. — Conf., C. C., art. 687). 2° Pour les autres, la nature de la servitude correspondrait à la nature du fonds servant; la servitude est rurale ou urbaine suivant que le *fundus serviens* est rural ou urbain. Mais on peut objecter que la servitude de gouttière est toujours urbaine, abstraction faite de l'immeuble qui en est grevé (L. 2, D., *De servit. præd. urb.*, 8-2). En outre, ces deux premiers systèmes donnent prise à d'autres objections qui leur sont communes. Il faut remarquer notamment que la division des servitudes en urbaines et rurales est du plus haut intérêt pratique, au double point de vue de leur constitution et de leur extinction; on ne doit pas dès lors admettre qu'une même servitude puisse changer, d'après la nature du fonds dominant ou servant, être tantôt urbaine, tantôt rurale : une servitude déterminée doit, ce semble-t-il, avoir un caractère fixe et permanent.

Mieux vaut s'attacher pour une distinction de cette importance, à l'essence propre, aux caractères internes de la servitude elle-même. Dans cette voie, deux opinions sont encore en conflit. La première examine, pour chaque servitude donnée, si la conception en est nécessairement liée dans l'esprit à l'idée de construction, ou si elle en est indépendante; la servitude ne peut-elle se comprendre

(1) Nous verrons plus loin, en étudiant l'hypothèque, comment les servitudes rurales pouvaient être hypothéquées.

sans éveiller aussitôt dans l'esprit l'idée de construction, elle sera urbaine; peut-elle se concevoir sans bâtiments ni construction, elle sera rurale.

Cette explication rend assez bien compte des textes, et notamment de la loi de Paul, où il est dit : *Servitutes prædiorum, aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt* (L. 3, D., *De servitutibus*, 8-1). Mais elle manque de précision; en outre, elle paraît trop fine et trop abstraite pour notre matière des servitudes, que les nécessités de l'agriculture développèrent de très bonne heure, et à une époque peu favorable à de telles subtilités. 2° Peut-être vaut-il mieux préférer une quatrième doctrine qui rattache le signe distinctif des servitudes à leur continuité ou à leur discontinuité. On verra bientôt un mode d'extinction, qualifié d'*usucapio libertatis*, s'appliquer uniquement aux servitudes urbaines; or, il n'a d'autre raison d'être que la *continuité*. Sont donc urbaines les servitudes continues, c'est-à-dire celles dont l'exercice ne suppose pas le fait actuel de l'homme, comme une servitude de vue; sont rurales les servitudes discontinues, c'est-à-dire celles dont l'exercice suppose le fait actuel de l'homme, comme une servitude de passage. Le nom des unes et des autres paraît venir de ce fait d'ailleurs incontestable, que les servitudes continues se rattachent le plus souvent aux fonds bâtis, et les servitudes discontinues aux fonds non bâtis.

Aucun de ces divers systèmes n'est du reste à l'abri de toute critique.

Exemples de servitudes rurales. — Comme exemples de servitudes rurales, Justinien cite d'abord les trois servitudes de passage (*iter*, *actus*, *via*) et l'*aquæductus* (*Ulpien*, R., t. XIX, § 1. — *Inst.*, L. II, t. II, *De servit.*, pr.).

1° *Iter, actus, via;* ces servitudes correspondent à notre servitude de passage. *Iter*, c'est le *jus eundi*, ou droit de passer, soit à pied, soit à cheval. *Actus*, c'est le *jus agendi*, ou droit de passer avec des troupeaux ou véhicules. *Via* contient *iter* et *actus*, et confère en outre le droit de transporter des pierres ou matériaux. De plus, si la sauvegarde des arbres et récoltes du fonds servant nécessite un chemin pour le passage, et que les parties ne l'aient pas fixé, un arbitre le détermine au cas d'*iter* et d'*actus;* mais au cas de *via*, les Douze-Tables le règlent elles-mêmes à la largeur de huit pieds dans la ligne droite, *in porrectum*, et de seize pieds dans les contours,

in anfractum (L. 7; L. 8; L. 12; L. 13, § 1, D., *De servit. præd. rustic.*, 8-3).

2° *Aquæductus;* c'est le droit d'amener de l'eau à son fonds par le fonds voisin, au moyen de rigoles, tuyaux ou conduits, suivant les clauses de l'acte constitutif de la servitude (L. 17, § 1, D., *De aqua et aquæ pluviæ*, 39-3).

3° Outre ces quatre servitudes toujours mises en relief dans les textes, à raison de leur ancienneté et de leur importance, les Institutes indiquent encore : le droit de puisage, *aquæ haustus;* le droit d'abreuvage, *pecoris ad aquam appulsus;* le droit de pacage, *jus pascendi;* le droit de prendre de la chaux sur le fonds d'autrui, *jus calcis coquendæ;* le droit d'extraire du sable, *jus arenæ fodiendæ* (*Inst.*, L. II, t. III, *De servitut.*, § 2).

Exemples de servitudes urbaines. — Les Institutes contiennent deux énumérations de servitudes urbaines : l'une est au titre *De servitutibus* (L. II, t. III, § 1); l'autre est au titre *De actionibus* (L. IV, t. VI, § 2). En combinant ces deux textes, on peut indiquer neuf servitudes urbaines :

1° *Jus prospiciendi*, c'est le droit d'avoir des vues de toute nature sur le fonds voisin (L. 15, D., *De serv. præd. urb.*, 8-3).

2° *Jus projiciendi*, cette servitude implique le droit d'avoir des saillies, balcons et galeries sur le fonds d'autrui.

3° *Jus protegendi*, c'est le droit de faire avancer un toit sur l'immeuble de son voisin.

4° *Jus tigni immitendi*, cette servitude confère le droit d'appuyer sur le mur ou sur la construction du voisin des poutres ou des ouvrages légers (L. 8, § 1, D., *Si servitus vindicetur*, 8-5).

5° *Jus oneris ferendi*, c'est le droit d'appuyer sur le mur du voisin des constructions et gros ouvrages. Cette servitude paraît exceptionnelle, en ce qu'elle oblige le maître du fonds servant *ad faciendum*, c'est-à-dire à entretenir sa muraille en bon état. Mais l'effet de cette obligation, plutôt réelle que personnelle, est bien atténué par la faculté qu'on lui laisse de s'y dérober en abandonnant sa propriété (L. 6, § 2, D., *Si servitus vindicetur*, 8-5; L. 33, D., *De serv. præd. urb.*, 8-2. — Conf., C. C., art. 697 et s.).

6° *Jus altius non tollendi*, cette servitude attribue au propriétaire du fonds dominant le droit d'empêcher que le propriétaire voisin ne fasse ou n'exhausse des constructions sur son fonds (L. 17, pr., § 2, D., *De servit. præd. urban.*, 8-2).

7° *Jus altius tollendi.* Le *jus altius tollendi* est le droit inverse de construire chez soi ou d'exhausser des constructions préexistantes. Mais cette faculté rentre dans l'exercice normal de la propriété; pourquoi donc la qualifier de servitude? On a supposé, pour la solution de ce problème, qu'en l'hypothèse où le *jus altius non tollendi* est l'objet d'une remise totale ou partielle, la liberté de bâtir, désormais rendue au maître du fonds servant, constituerait le *jus altius tollendi.* Mais il est impossible de voir, dans l'extinction ou la restriction d'une servitude antérieure, autre chose qu'un retour au droit commun de la propriété; il n'en résulte assurément pas la constitution d'aucune servitude nouvelle. Notre question se tranche mieux en supposant que des lois spéciales ou des statuts locaux prescrivaient dans certaines régions une limite à la hauteur des édifices, et que le *jus altius tollendi* était le droit de la dépasser. En fait, l'existence de pareils règlements est hors de doute. On objecte que des conventions entre particuliers ne pourraient modifier ces dispositions administratives et d'ordre public. Mais comme elles ne tendaient qu'au bien réciproque des voisins, on conçoit *à priori* qu'elles aient pu elles-mêmes prévoir, permettre et valider certaines exceptions consenties par les intéressés. Cet aperçu théorique trouve sa confirmation dans un texte formel, qui reconnaît aux habitants la faculté de déroger à de telles décisions; c'est précisément cette dérogation qui constitue le *jus altius tollendi* (L. 1, § 17, D., *De operis novi*, 39-1. — L. 1; L. 12, §§ 1, 4, C., *De ædificiis privatis*, 8-10).

8° *Jus stilicidii vel fluminis recipiendi*, c'est le droit de faire écouler sur le fonds d'autrui les eaux pluviales qui proviennent de son toit; nous la nommons servitude de gouttière (Conf., C. C., art. 681) (1).

9° *Jus stilicidii vel fluminis non recipiendi.* Cette servitude, qui est l'inverse de la précédente, confère à un propriétaire le droit de se refuser à tout écoulement; mais ce droit n'a rien des caractères habituels de la servitude, puisqu'il n'excède pas l'exercice normal de la propriété. Ici, se reproduisent les mêmes difficultés et les mêmes doctrines qu'à l'occasion du *jus altius tollendi.* La plus plausible se fonde encore sur l'existence de règlements locaux qui im-

(1) On distingue le *jus stilicidii* et le *jus fluminis;* le premier est le droit de laisser égoutter sur le fonds voisin les eaux pluviales provenant de son toit; le *jus fluminis* implique le droit de réunir ses eaux pluviales dans un conduit pour les déverser sur le fonds du voisin (L. 20, § 5. D., *De servit. præd. urban.*, 8-3).

posaient aux voisins l'obligation réciproque de recevoir les eaux de leurs toits, en leur permettant l'établissement de la servitude contraire *stilicidii non recipiendi*. Il est vrai que les textes font ici défaut; mais on y supplée sans témérité par une induction tirée du cas précédent.

Le Digeste cite encore d'autres servitudes urbaines; il mentionne notamment le *jus luminum*, qui est le droit d'avoir des jours ou des vues sur le voisin, et le *jus ne luminibus officiatur*, qui permet au propriétaire du fonds dominant d'interdire toute construction ou toute plantation pouvant nuire à ses jours ou vues (L. 4, 16, 17, D., *De servit. præd. urban.*, 8-3).

Telles sont les principales servitudes rurales et urbaines, mais il est bien évident que cette énumération n'est pas et ne peut pas être limitative, les parties pouvant créer autant de servitudes qu'elles veulent et comme elles le veulent, à la seule condition de respecter les éléments constitutifs et les caractères essentiels des servitudes prédiales.

§ III.

Constitution des servitudes prédiales.

Il faut distinguer trois périodes pour la constitution des servitudes : le droit civil, le droit prétorien, le droit de Justinien.

Droit civil. — D'après le droit civil, la constitution d'une servitude se réalise par *translatio* ou par *deductio*.

La servitude est constituée *translatione*, lorsqu'un propriétaire grève son fonds au profit du fonds d'autrui. Le propriétaire emploiera les modes d'acquérir la propriété, réserve faite de certaines différences graves. D'abord la mancipation ne peut transférer que les servitudes rurales, seules classées parmi les *res mancipi*. Rurales ou urbaines, elles sont toutes des *res incorporales*, ce qui leur rend inapplicables l'occupation, la tradition et l'usucapion. Il est vrai que l'usucapion procure l'acquisition des servitudes avec la propriété qu'elles accompagnent, mais elle ne saurait les procurer séparément, tout au moins depuis une loi Scribonia qu'on s'accorde à placer en l'an 720 de Rome (L. 4, § 27, D., *De usurp. et usucap.*, 41-3).

Il reste donc à mettre en œuvre : l'*in jure cessio*, le plus commode des procédés; l'*adjudicatio*, quand les deux fonds sont compris dans

la même action divisoire, et que le *judicium* est *legitimum;* enfin, le legs *per vindicationem*, soit que l'un des deux fonds demeure *in hereditate*, soit qu'ils se trouvent légués l'un et l'autre. Comme on le voit, les servitudes peuvent s'établir *inter vivos* ou *mortis causa* (L. 7, § 1, D., *Communi dividundo*, 10-3; L. 4, § 29, D., *De usurp. et usucap.*, 41-3).

La servitude est constituée *deductione*, lorsque le propriétaire de deux fonds la retient, au profit du fonds qu'il garde sur celui qu'il aliène. Par ce moyen, une servitude urbaine ou rurale peut résulter indirectement d'une mancipation, d'une *in jure cessio*, d'un legs, dont l'objet direct est l'immeuble transféré; mais la tradition ne se prête pas à ce mode constitutif (*Gaius*, II, 33. — F. V., § 47).

Les servitudes, perpétuelles de leur nature, répugnent, ainsi que nous l'avons vu, à toute modalité résolutoire, expresse ou tacite, *dies ad quem* ou *conditio ad quam*. Mais, tandis que de pareilles clauses annuleraient une translation de propriété, elles font seulement réputer pure et simple la constitution de servitude. Cette différence vient peut-être de ce qu'il est dans la nature du droit de servitude de s'éteindre un jour. Les modalités suspensives sont au contraire admises; toutefois, la forme solennelle de l'*in jure cessio*, de l'*adjudicatio* et de la mancipation, ne les comporte que tacites, tandis qu'il est permis de les exprimer dans le legs (L. 3, D., *De servitute legata*, 33-3; L. 77, D., *De regulis juris*, 50-17).

Droit prétorien. — Le préteur adoucit d'abord la rigueur du droit civil en faisant respecter, par des exceptions de dol ou de pacte, les modalités résolutoires ainsi que les servitudes adjugées dans un *judicium imperio continens* (L. 4, D., *De servitut.*, 8-1; L. 18, D., *Communi dividundo*, 10-3).

Mais sa réforme principale fut d'admettre une *quasi-possessio* correspondante aux servitudes, comme la loi civile avait admis une possession correspondante à la propriété; cette innovation prévalut vers la fin du premier siècle de notre ère. En quoi consiste la *quasi-possessio*? Pour les servitudes positives, elle résulte, indépendamment de tout titre, des actes réalisés ou des travaux exécutés sur le fonds servant; pour les servitudes négatives, elle réside dans l'abstention même du propriétaire de l'immeuble grevé, pourvu que cette abstention, au lieu d'être libre et spontanée, s'explique

par un titre quelconque, convention ou testament. Cette réforme fut féconde en conséquences pratiques :

1° Les servitudes purent désormais s'établir par une quasi-tradition; on la réputa faite dès l'instant où le maître du fonds dominant commençait à les exercer avec la volonté du maître asservi. En conséquence, le préteur confirma la *deductio servitutis* retenue dans une tradition et l'apposition de toute modalité suspensive. Grâce à cette réforme, les fonds provinciaux devinrent susceptibles de servitudes, puisqu'on avait d'autres moyens de les créer que les modes quiritaires (L. 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.*, 8-3; L. 6, D., *Communia præd.*, 8-4).

2° Constituée *à non domino*, la servitude s'acquiert par une *quasi-possessio longi temporis* soumise sans doute aux mêmes conditions de temps et de bonne foi que la prescription de droit commun. Quant au *justus titulus*, deux textes dispensent d'en faire preuve pour la servitude positive, non entachée de précarité, violence ou clandestinité; mais il reste nécessaire à la servitude négative, qui pourrait sans cette exigence résulter d'une quasi-possession clandestine (L. 10, D., *Si servitus vindicetur*, 8-5; — L. 1, C., *De servitutibus*, 3-34).

3° Aux servitudes établies par ces nouveaux procédés, et qui sont dépouillées de l'action confessoire proprement dite, le préteur attache une exception, une action confessoire utile, et des interdits quasi-possessoires (L. 20, D., *De servitutibus*, 8-1; L. 16, D., *Si servitus vind.*, 8-5).

Droit de Justinien. — Les deux législations civile et prétorienne sont fondues ensemble par Justinien. La mancipation et l'*in jure cessio* n'existent plus; les modes de constitution des servitudes sont dorénavant la *deductio* dans une tradition, la *quasi-traditio*, la *quasi-præscriptio longi temporis*, le legs sous toutes ses formes, l'adjudication dans un *judicium* quelconque (*Inst.*, L. II, t. III, *De servitutibus*, § 4. — Conf., C. C., art. 690, 691, 692).

S'il fallait même en croire l'empereur, elles s'établiraient aussi par des pactes et des stipulations, *pactis atque stipulationibus*, c'est là une grave question qui se pose également sur la théorie de l'usufruit, et que nous y retrouverons. Il va sans dire que Justinien adopte toutes les décisions du préteur sur le terme et la condition.

§ IV.

Extinction des servitudes prédiales.

Les servitudes prédiales subissent cinq causes principales d'extinction : le non-usage, la perte de l'un des fonds, la confusion, la renonciation et la résolution du droit du constituant.

1° *Non-usage.* — Les servitudes s'éteignent *non utendo*, c'est-à-dire par la cessation de l'exercice prolongée pendant un certain laps de temps. Certaines règles sont ici communes aux servitudes urbaines et rurales. Ainsi la durée du délai extinctif est indistinctement de deux ans à l'époque classique, et sous Justinien de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents. De plus, le droit survit au non-usage, quand le fonds dominant appartient pour le tout ou par indivis à un pupille ou à une personne en curatelle : ainsi le veut la combinaison du sénatusconsulte de Sévère avec l'indivisibilité des servitudes (L. 10, D., *Quemad. servit. amitt.*, 8-6. — *Paul*, S., L. I, t. XVII, § 1. — L. 13, C., *De servitutibus*, 3-34).

Mais le point de départ du délai extinctif varie avec les servitudes.

S'agit-il d'une servitude rurale, le point de départ se place au jour du dernier acte fait en exercice du droit, sans différence entre l'inaction volontaire et l'impossibilité matérielle d'user. Une personne quelconque, associé, usufruitier, possesseur de bonne ou de mauvaise foi, même un simple tiers, peut arrêter l'effet de l'inaction du titulaire de la servitude, en l'exerçant *fundi nomine*, c'est-à-dire dans la connaissance du droit qui appartient au fonds. Mais en présence d'une impossibilité matérielle d'user, l'extinction est inévitable ; et si l'obstacle vient à disparaître après l'expiration du non-usage, le titulaire dépouillé n'aura d'autre ressource que d'obtenir du propriétaire précédemment asservi une reconstitution à l'amiable, ou obtenir du magistrat une *restitutio in integrum* qui le rétablira dans son droit primitif (L. 34, § 1 ; L. 35, D., *De servit. præd. rustic.*, 8-3 ; L. 5 ; L. 6 ; L. 20, D., *Quemad. servit. amitt.*, 8-6).

S'agit-il d'une servitude urbaine, le point de départ du délai ne se place qu'au jour où l'exercice de la servitude est absolument paralysé par un état de fait contraire. L'obstacle doit consister,

soit dans un acte volontaire du maître grevé ou d'un tiers, soit dans la confection des travaux que la servitude empêchait, soit dans la destruction même fortuite des travaux qu'elle nécessitait. C'est à raison de cette possession directement en lutte avec la servitude, que le non-usage était ici qualifié de *libertatis usucapio*, sans exiger d'ailleurs les conditions de l'usucapion proprement dite La continuité des servitudes urbaines et la discontinuité des servitudes rurales peuvent seules expliquer cette curieuse dissemblance de règles (Conf., C. C., art. 706, 707) (1).

2° *Perte complète de l'un des fonds.* — Dès que l'un des fonds dominant ou servant vient à périr complètement, la servitude s'éteint. Toutefois, si le fonds dominant est une maison, la reconstruction de cette maison, avant la fin du délai de non-usage, ferait revivre la servitude (L. 20, D., *De servit. præd. urb.*, 8-2. — Conf., C. C., art. 703, 704).

3° *Confusion.* — Il y a *confusion* lorsque les deux fonds se trouvent réunis dans les mains du même propriétaire; la servitude s'éteint alors définitivement et la séparation ultérieure des deux immeubles, à la suite d'une aliénation ou d'un partage, ne ranimerait pas la servitude, les signes en fussent-ils encore visibles; le droit romain ne connaît donc pas ce que nous appelons aujourd'hui la destination du père de famille (L. 30, pr., D., *De servit. præd. urb.*, 8-2. — *Contra*, C. C., art. 694).

4° *Renonciation.* — Toute remise consentie par le maître du fonds dominant au maître du fonds servant met fin à la servitude. *Jure civili*, la renonciation se réalisait au moyen de la mancipation pour les servitudes rurales, et pour toutes les servitudes par l'*in jure cessio*; ou par le legs *per vindicationem*; mais *jure prætorio*, une simple remise expresse ou tacite produisait l'exception de dol ou de pacte. Justinien se contente désormais d'une simple manifestation de volonté et la servitude s'éteint *ipso jure* (*Gaius*, II, 30. — L. 18, D., *Communia præd.*, 8-4).

5° *Résolution du droit du constituant.* — La servitude disparaît lorsque le droit du constituant est résolu, on applique la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; il en serait autre-

(1) Au non-usage on doit assimiler l'exercice irrégulier de la servitude: ainsi lorsque le propriétaire du fonds dominant néglige d'exercer la servitude telle qu'elle avait été établie pour l'exercer autrement, il perd son droit par le non-usage.

ment de la résolution du droit de propriété du titulaire de la servitude, et la servitude y résisterait (L. 11, §§ 1, 2, D., *Quemad. servit. amitt.*, 8-6).

DEUXIÈME SECTION.

SERVITUDES PERSONNELLES.

(*Inst.*, L. II, t. IV, t. V.)

Les servitudes personnelles, *servitutes personarum*, sont celles qui sont établies sur un meuble ou sur un immeuble au profit d'une personne. Elles diffèrent des servitudes prédiales à trois points de vue principaux : 1° on ne saurait les constituer, ni même les devoir, s'il n'y a un sujet qui puisse immédiatement en profiter; c'est ainsi qu'il est impossible au *servus hereditarius* de les acquérir ou de les stipuler pour l'hérédité jacente; 2° elles sont viagères au plus; 3° elles sont toujours positives, c'est-à-dire *in faciendo*, dans leurs conséquences principales (F. V., § 55. — L. 3, § 3, D., *Quibus modis usuf. amitt.*, 7-4).

Les textes nous font connaître quatre servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage, le droit d'habitation, les *operæ servi aut animalis*.

§ I.

Usufruit.

(*Inst.*, L. II, t. IV.)

L'usufruit est la plus importante des servitudes personnelles; c'est elle qui a servi de modèle à toutes les autres qui n'en sont, pour ainsi dire, que des réductions. Les Institutes en donnent une définition célèbre : *usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia*. Sans nous attarder à l'examen des explications diverses qu'ont soulevées ces trois derniers mots du texte, nous entendrons en cette matière par *substantia*, non l'objet lui-même, mais sa forme présente et sa destination actuelle. En disant que l'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose corporelle d'autrui, suivant sa manière d'être présente, on aura traduit exactement la pensée de Justinien (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufr.*, pr. — Conf., C. C., art. 578).

Contrairement aux servitudes prédiales, l'usufruit est divisible, en ce sens qu'il peut exister sur une part indivise ou divise de l'objet; il est donc susceptible d'une constitution ou d'une extinction partielle (L. 5, D., *De usufructu*, 7-1).

Effets principaux. — L'usufruit dépouille le propriétaire de la chose du *jus utendi* et du *jus fruendi*, et ne lui laisse que le dernier des trois éléments de la propriété, c'est-à-dire le *jus abutendi* ou droit de disposition. Encore même, le *jus abutendi* n'est-il plus entier entre ses mains, car il ne peut ni détruire ni transformer la *res*, et pour l'aliéner il est toujours dans une position défavorable. Ainsi privé des avantages prédominants de la propriété, il reçoit le nom de *nudus dominus*, parce qu'il n'a guère plus qu'un *nudum dominium* (1).

Quant à l'usufruitier, on l'appelle en latin *usufructuarius* ou *fructuarius*, et la chose se nomme *res usufructuaria* ou *fructuaria*. Nous indiquerons sommairement ses droits et ses obligations.

Droits de l'usufruitier. — Les droits de l'usufruitier comprennent l'*usus* et le *fructus*.

Usus. — On sait déjà que l'*usus* est la faculté de se servir de la chose telle qu'elle est, avec ses accessoires physiques, comme les animaux ou instruments attachés à l'exploitation, et ses accessoires juridiques, comme les servitudes prédiales (L. 15, §§ 6, 7, D., *De usufructu*, 7-1).

Fructus. — Le *jus fruendi* est entendu d'une manière plus étroite dans l'usufruit qu'il ne le serait dans la propriété. C'est ici le droit de recueillir ceux des produits de la chose qui ont le caractère de fruits, à l'exclusion des produits extraordinaires ou proprement dits, que conserve le nu-propriétaire. Or, certains produits ont toujours le caractère de fruits, d'autres ont toujours le caractère de produits, d'autres enfin ont tantôt le caractère de fruits et tantôt le caractère de produits.

Sont toujours qualifiés de fruits, et à ce titre attribués à l'usufruitier : les récoltes, les productions des arbres, le croît des animaux, la laine, le poil, le fumier, les intérêts et fermages (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 37).

Sont toujours qualifiés de produits et par ce motif réservés au

(1) Outre le *jus abutendi*, le nu-propriétaire acquiert tous les produits de la chose qui n'ont pas le caractère de fruits et profite de tous les événements qui sont de nature à éteindre l'usufruit.

nudus dominus, le trésor, les matériaux d'une maison démolie et le *partus ancillæ* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 37).

Enfin sont tantôt fruits, tantôt produits : 1° les arbres; on les répute fruits en pépinière comme en bois taillis, *sylvæ cæduæ;* mais on les répute produits en hautes futaies, à moins que les hautes futaies n'aient été mises en coupes réglées; 2° les matériaux extraits des mines ou carrières; l'usufruitier peut en continuer l'exploitation ouverte avant le début de son droit, mais n'est pas admis à la commencer; 3° le gibier et le poisson; ils sont compris dans l'usufruit du fonds qui ne produit pas d'autre revenu (L. 9; L. 13; L. 48, D., *De usufructu*, 7-1).

A quel moment les fruits entrent-ils dans le patrimoine de l'usufruitier? On distingue entre les fruits naturels et les fruits civils.

L'usufruitier ne gagne les fruits naturels que par la perception, c'est-à-dire lorsqu'il les a détachés ou ramassés, soit lui-même, soit par son représentant. Si donc un voleur les détache ou les ramasse, ils appartiennent au *nudus dominus*, qui se trouve seul investi de l'action *rei persecutoria*, revendication ou *condictio furtiva;* l'usufruitier n'a que l'action pénale *furti* (L. 12, § 5, D., *De usufructu*, 7-1).

Du reste, l'usufruitier et le nu-propriétaire ne se doivent réciproquement aucune indemnité pour les fruits qu'ils laissent pendants au commencement ou à la fin de l'usufruit (L. 27, D., *De usufructu*, 7-1. — Conf., C. C., art. 585).

Les fruits civils, au contraire, c'est-à-dire les revenus perçus à l'occasion de choses non frugifères de leur nature, tels que les loyers de maisons, d'esclaves ou de meubles et les intérêts de sommes d'argent ne s'acquièrent point par la perception; l'usufruitier les gagne jour par jour. En d'autres termes, le loyer d'un an se divise en trois cent soixante-cinq parties égales, et l'usufruitier touchera autant de ces parties que son droit aura duré de jours, sans tenir compte des échéances du prix de bail (L. 25, § 2; L. 26, D., *De usufructu*, 7-1. — Conf., C. C., art. 586).

L'usufruitier peut louer, et même aliéner à titre onéreux ou gratuit l'exercice de l'usufruit; il va sans dire que les baux qu'il fait ne sont pas opposables au nu-propriétaire (L. 59, § 1, D., *De usufructu*, 7-1. — Conf., C. C., art. 595).

Quant à l'usufruit lui-même, *jus ipsum*, il est absolument incessible, comme toutes les servitudes; il reste donc fixé sur la tête du

titulaire, en ce sens qu'il s'éteindra toujours de son chef, et qu'à lui seul appartiendra l'action confessoire (*Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, § 1).

Obligations de l'usufruitier. — Le droit civil impose une triple obligation à l'usufruitier : 1° Il doit supporter toutes les dépenses qui peuvent être considérées comme une charge des revenus, par exemple, les impôts ordinaires ou extraordinaires, les impenses usufructuaires et les intérêts des dettes grevant la *res fructuaria* (L. 7, § 2; L. 27, D., *De usufructu*, 7-1. — Conf., C. C., art. 605, 608, 610). 2° Il doit entretenir la chose, suivant sa destination. Libre à lui d'y faire des embellissements ou des améliorations; mais il ne peut ni la dégrader, ce qui s'explique par sa qualité de détenteur de l'objet d'autrui, ni la transformer, ce qui s'explique par la nature spéciale de son droit. A ce principe se rattache la nécessité de remplacer les arbres ou vignes qui ont péri, et, pour l'usufruitier d'un troupeau, l'obligation de combler les vides par le croît, de manière à ne profiter des petits que si le troupeau est complet (L. 13, § 4, D., *De usufructu*, 7-1. — Conf., C. C., art. 594, 616); 3° il doit rendre la chose après l'extinction de l'usufruit. Toute dégradation active de la *res fructuaria* produit contre l'usufruitier l'action de la loi Aquilia, et son refus de restituer le soumet à la revendication (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 38. — L. 13, § 2, D., *De usufructu*, 7-4).

Cette législation présentait des lacunes; pour les combler, le préteur soumit l'usufruitier à une double obligation préalable. L'usufruitier dut en effet prendre l'engagement de jouir en bon père de famille, et de restituer la chose en bon état à la fin de l'usufruit; ces deux promesses devaient être garanties par des fidéjusseurs. La *satisdatio* est préliminaire à l'usufruit; si l'usufruitier ne l'a pas fournie, le nu-propriétaire peut lui refuser la délivrance, ou le poursuivre par une *condictio* après la prise de possession. Promesse et caution offrent un triple avantage : 1° l'usufruitier devient responsable, non plus seulement de son fait actif qui l'exposerait à l'action de la loi Aquilia, mais aussi de toutes ses négligences; 2° le nu-propriétaire est admis à réclamer la restitution en qualité de créancier, ce qui le dispense de faire la preuve souvent difficile de sa propriété; 3° les héritiers et les fidéjusseurs de l'usufruitier sont passibles de la même action personnelle *ex stipulatu* (L. 7; L. 13; L. 15, § 7, D., *De usufructu*, 7-1. — Conf., C. C., art. 601 et s.).

Constitution de l'usufruit. — La constitution de l'usufruit est diversement réglée par le droit civil, le droit prétorien et le droit de Justinien.

1° *Dans le droit civil*, l'usufruit peut résulter *deductione* de toute aliénation, même réalisée par une mancipation; la tradition seule ne s'y prèterait pas. Mais pour le créer directement ou *translatione*, on ne saurait faire usage de la mancipation, puisqu'il n'est pas au nombre des *res mancipi*, ni des modes d'acquérir fondés sur la possession, c'est-à-dire de l'occupation, de la tradition et de l'usucapion, puisqu'il est au nombre des *res incorporales*. Les seuls modes possibles sont donc : le legs *per vindicationem*, la *cessio in jure* et l'adjudication. La source habituelle de l'usufruit est d'ailleurs le legs, soit qu'on lègue l'usufruit à un tiers, soit qu'on lègue la chose en retenant l'usufruit pour l'héritier, soit enfin qu'on lègue à l'un l'usufruit et à un autre la chose, *deducto usufructu*. Il faut remarquer que les meubles situés en province n'ont rien qui se refuse à l'établissement de la servitude personnelle (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 1. — *Gaius*, II, 32).

Les modalités suspensives et résolutoires s'appliquent sans difficulté à l'usufruit, qui est de nature essentiellement temporaire; mais la forme du mode de constitution ne s'y prête pas toujours. Le legs les comporte toutes sans distinction, par *deductio* comme par *translatio*; l'adjudication et l'*in jure cessio* ne peuvent admettre que les modalités résolutoires, encore faut-il qu'elles soient tacites (F. V., §§ 48, 49, 50).

2° Les *réformes du préteur* sont ici les mêmes qu'en matière de servitudes prédiales; il admet la *quasi-possessio*, la *quasi-traditio*, la *quasi-præscriptio longi temporis* (L. 12, C., *De præscrip. longi temp.*, 7-33).

3° *Sous Justinien*, les servitudes personnelles se créent de la même manière que les servitudes prédiales; il n'y a d'autres différences que le délai de la *præscriptio*, qui est de trois ans pour l'usufruit des meubles, et l'organisation d'un usufruit légal du père sur le pécule adventice de l'enfant (L. 6, C., *De bonis quæ liberis*, 6-61. — Conf., C. C., art. 384).

Constitution des servitudes pactis et stipulationibus. — Il nous reste maintenant à exposer une difficulté commune aux servitudes prédiales et à l'usufruit. S'il fallait en croire les Institutes, l'usufruit et les servitudes prédiales pourraient aussi s'éta-

blir par des pactes et des stipulations (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usuf.*, § 1; t. III, *De servitut.*, § 4). Le procédé n'offre pas de difficultés en lui-même. Titius veut consentir une servitude à Seius; la nature, les détails, les conditions d'exercice en sont réglés par un pacte, et Titius promet par stipulation le paiement d'une somme à titre de peine, pour le cas où quelque obstacle de sa part gênerait la jouissance de Seius. Mais le droit réel de servitude n'est pas constitué; il y a lieu à l'action *ex stipulatu*, non à l'action *confessoria*, et rien ne sera transmis activement ni passivement aux acquéreurs à titre particulier. Car le principe élémentaire et fondamental de la loi romaine, c'est que ni contrats ni pactes ne sont translatifs de droits réels; un tel effet n'appartient qu'aux modes d'acquérir. La jurisprudence de l'époque classique recourait donc aux pactes et stipulations dans certaines hypothèses où l'établissement d'une vraie servitude était manifestement impossible; on se contentait alors d'équivalents de fait; Gaius signalait l'utilité de cet expédient pour les fonds provinciaux, théoriquement inaccessibles à la propriété quiritaire, et par suite à ses démembrements (*Gaius*, II, 31). Ce texte de Gaius a été maladroitement transcrit et généralisé dans les Institutes : c'était oublier ou méconnaître l'assimilation dès longtemps établie, entre les *prædia provincialia* et les fonds italiques. Mais en reproduisant les paroles de Gaius, Justinien, à notre avis, leur a certainement conservé leur sens originaire; les pactes et stipulations n'ont pas et ne sauraient avoir, même dans le dernier état du droit, la force de créer directement un droit réel (L. 33, § 1, D., *De servit. præd. rustic.*, 8-3; L. 136, D., *De verb. oblig.*, 45-1).

Extinction de l'usufruit. — L'usufruit prend fin de sept manières différentes, qui sont : le décès du titulaire, l'accomplissement d'une modalité résolutoire, la *capitis deminutio*, la renonciation, la consolidation, la *mutatio rei* et le non-usage. La mort et le terme sont les deux fins régulières de l'usufruit, *ususfructus finitur;* les cinq autres sont anormales et accidentelles, *ususfructus amittitur* (*Paul*, S., L. III, t. VI, §§ 28, 33).

1° La *mort du titulaire.* Si l'usufruitier est un fils ou un esclave, le droit classique attache l'extinction à la mort du *paterfamilias* pour l'usufruit établi *inter vivos*, à la mort du fils ou de l'esclave pour l'usufruit établi *mortis causa*. Justinien fait durer jusqu'à la mort du maître l'usufruit acquis par l'esclave, jusqu'à

la mort du survivant l'usufruit acquis par le fils. L'usufruit attribué à une personne morale s'éteint par l'anéantissement de cet être fictif ou par un laps de cent ans (F. V., § 57. — L. 56, D., *De usufructu*, 7-1. — L. 17, C., *De usufructu*, 3-33. — Conf., C. C., art. 619).

2° L'*accomplissement de la modalité résolutoire* éteint *ipso jure* l'usufruit quand nulle autre cause de perte n'est survenue *ante diem* ou *ante conditionem*. L'usufruit constitué jusqu'à tel âge d'un tiers dure, malgré la mort de ce tiers, le temps nécessaire pour y atteindre (L. 12, C., *De usufructu*, 3-33. — *Sic*, C. C., art. 620).

3° *Toute capitis deminutio* dans le droit classique; sous Justinien, la *maxima* et la *media* seulement. On se demandait si l'usufruit acquis par le fils ou l'esclave s'éteignait *ex persona patris*, ou plutôt par la *capitis deminutio* du fils et l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave; cette question fut résolue comme au cas de décès (*Paul*, S., L. III, t. VI, § 29. — L. 17, C., *De usuf.*, 3-33. — *Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 3).

4° La *renonciation faite en faveur du nu-propriétaire* anéantit également le droit de l'usufruitier; elle est d'ailleurs soumise aux mêmes règles que la remise des servitudes prédiales (*Gaius*, II, 30).

5° La *consolidation*, c'est-à-dire l'acquisition de la nue-propriété par l'usufruitier; elle peut n'être que partielle, en raison de la divisibilité de l'usufruit. Le droit revivrait, si la cause de la consolidation venait plus tard à disparaître rétroactivement (L. 57, D., *De usufructu*, 7-1. — Conf., C. C., art. 617).

6° La *mutatio rei*, c'est-à-dire tout événement qui détruit la *res fructuaria*, ou qui en change la destination et le nom; l'usufruit ne persiste pas sur les restes (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 3. — L. 5, § 2, D., *Quibus modis ususfructus*, 7-4. — Conf., C. C., art. 623, 624) (1).

7° Le *non-usage*, d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles au temps classique, et sous Justinien de trois ans pour les meubles et dix ou vingt ans pour les immeubles. Cette extinction est empêchée par toute jouissance d'un tiers au nom de l'usu-

(1) L'extinction résultant de la *mutatio rei* est définitive et le rétablissement de la chose ne ferait pas revivre le droit de l'usufruitier, ainsi la reconstruction de la maison ne ressusciterait pas l'usufruit; nous avons vu le contraire pour les servitudes prédiales (L. 10, § 7, D., *Quibus modis ususfructus*, 7-4.)

fruitier, ainsi que par la vente ou la location de l'exercice du droit (*Paul*, S., L. III, t. VI, § 30. — L. 38 ; L. 39, D., *De usufructu*, 7-1. — L. 16, C., *De usuf.*, 3-33) (1).

Quasi-usufruit. — On entend par quasi-usufruit le droit analogue à l'usufruit et portant sur des choses qui ne sont pas susceptibles d'un usufruit véritable. Or, il y a deux catégories de choses qui sont dans ce cas-là : les choses consumptibles et les choses incorporelles. Le quasi-usufruit comporte donc deux applications principales.

I. *Quasi-usufruit sur les choses consumptibles.* — L'usufruit ne saurait exister sur les choses qui se consomment par le premier usage, telles que l'argent et les denrées ; car à l'égard de ces objets, *uti* c'est *abuti*, et l'usufruitier n'a pas le *jus abutendi*. Au temps d'Auguste ou de Tibère, un sénatusconsulte combla cette lacune (L. 3, D., *De usuf. earum rerum*, 7-5).

Le quasi-usufruit organisé par le sénat diffère essentiellement de l'usufruit; en effet, il confère un vrai droit de propriété sur les choses consumptibles, dont le quasi-usufruitier peut disposer en toute liberté. Il est seulement tenu de deux obligations : 1° Il doit restituer, en vertu d'un contrat de stipulation, dont la formule exprime que la restitution sera faite à l'époque où prendrait fin un usufruit proprement dit. Cette restitution porte, quand il s'agit d'argent, sur une somme égale, et, dans toute autre hypothèse, sur une même quantité de choses de même nature et de même qualité, ou le plus souvent sur leur valeur appréciée dès le début par une estimation qui vaut vente. Il va de soi que les risques sont à la charge du débiteur. 2° Le quasi-usufruitier doit une *satisdatio*, exigible de la même manière et dans les mêmes conditions que la caution de l'usufruit.

Bref, le quasi-usufruit met en présence un créancier au lieu du *nudus dominus*, et un propriétaire débiteur de la valeur reçue au lieu de l'usufruitier (*Inst.*, L. II, t. IV, *De usufructu*, § 2. — Conf., C. C., art. 587).

II. *Quasi-usufruit sur les choses incorporelles.* — Le sénatusconsulte n'avait statué que sur les choses consumptibles, les juris-

(1) Le point de savoir si la donation de l'exercice du droit d'usufruit constituait de la part de l'usufruitier un acte de jouissance de nature à empêcher l'extinction de son droit *non utendo* était controversé entre les jurisconsultes romains (L. 12, § 2; L. 40, D., *De usufr.*, 7-1).

consultes en étendirent l'application à diverses choses incorporelles telles que les créances, les servitudes prédiales et les hérédités (L. 3, D., *De usuf. earum rerum*, 7-5).

1° *Créances.* — Établi au profit du débiteur, le quasi-usufruit du *nomen* le dispense de payer les intérêts, ou même le capital avant sa mort, nonobstant toute échéance de la dette; il l'exerce par l'exception du dol; quand son droit prend fin, le débiteur doit payer. Établi au profit d'un tiers, ce quasi-usufruit lui permet de toucher, soit les intérêts, soit le capital une fois échu, au moyen d'une *procuratio in rem suam*, qui lui est consentie par le créancier; la restitution consiste dans la renonciation à la *procuratio* et dans le versement du capital (L. 3; L. 4, D., *De usuf. earum rerum*, 7-5).

2° *Servitudes prédiales.* — Les *jura prædiorum* ne comportaient pas d'usufruit, *quia servitus servitutis esse non potest*. Cependant un testateur arrivait à tourner aisément la prohibition par un legs. L'héritier, pour exécuter ce legs, pouvait se servir de deux procédés, ou abandonner l'exercice de son droit réel au légataire, ou abdiquer provisoirement la servitude dont il était titulaire, en en faisant établir une exactement pareille, par le propriétaire du fonds servant au profit du légataire; la mort de ce dernier mettait fin à son quasi-usufruit, et l'héritier reprenait la jouissance de sa servitude primitive (L. 1, D., *De usu et usufructu*, 32-2).

3° *Hérédités.* — Si l'usufruit portant sur tout ou partie d'une hérédité a été légué à un tiers, le légataire sera véritablement usufruitier des corps certains de la succession, et seulement quasi-usufruitier des créances et des choses consumptibles. Il supportera les intérêts du passif dans la proportion de sa jouissance (L. 37; 43, D., *De usu* et *usufructu*, 33-2).

Dans tous ces cas, le quasi-usufruit impose l'obligation habituelle de fournir promesse et satisdation.

§ II.

Usage, habitation, operæ.

Les autres servitudes personnelles, qu'il suffira de comparer avec l'usufruit, sont : l'usage, l'habitation, et les *operæ servi aut animalis*.

Usage. — L'usage s'établit et s'éteint par les mêmes modes que

l'usufruit (*Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, pr.). Il est à peu près soumis aux mêmes règles; cependant quatre différences principales l'en séparent :

1° Il est indivisible (L. 19, D., *De usu et habit.*, 7-8).

2° Il ne comporte que le *jus utendi* ou faculté de se servir de la chose; encore doit-il se combiner avec les besoins de l'agriculture, en sorte que l'usager ne peut expulser le fermier, ni gêner le propriétaire dans son exploitation. L'usager étant privé du *jus fruendi* ne peut prétendre à aucun des profits de la chose, mais l'application rigoureuse de ce principe réduirait parfois son droit à n'être qu'illusoire, et, d'un autre côté, la règle est d'interpréter avec bienveillance (*benignius*) les testaments et les legs, source ordinaire de l'usage. Aussi les textes admettent-ils, en faveur du titulaire de cette servitude, des concessions de fait qui font de l'usage une espèce d'usufruit restreint aux besoins personnels de l'usager. Ainsi on permet à l'usager d'un troupeau de prendre du fumier pour l'engrais de ses terres, on lui permet également de prendre du lait. On reconnaît aussi à l'usager d'un fonds de terre le droit de prendre pour sa consommation quotidienne et pour celle des personnes vivant avec lui des fruits, des légumes et tous autres produits de peu d'importance (L. 12, § 2, D., *De usu et habit.*, 7-8. — *Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, §§ 1, 4. — Conf., C. C., art. 630).

3° L'usage est un droit essentiellement personnel, en conséquence l'exercice même n'en est pas aliénable; car la manière d'user des choses change avec les individus. Tout au plus est-il permis à l'usager de louer, dans la maison grevée de son droit, et pourvu qu'il y habite lui-même, les logements qui ne lui seraient pas utiles (L. 4, D., *De usu et habit.*, 7-8. — *Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, §§ 2, 3. — Conf., C. C., art. 631).

4° L'usager, tenu *cum satisdatione* de jouir en bon père de famille et de restituer, ne supporte pas seul les charges de la jouissance, à moins qu'il ne s'agisse d'un objet qui ne donne pas de fruits (L. 5, § 1, D., *Usufructuarius quemad.*, 7-9; L. 8, D., *De usu et hab.*, 7-8. — Conf., C. C., art. 625 et s.).

Habitation. — L'habitation est une servitude personnelle *sui generis* qui ne doit se confondre ni avec l'usufruit ni avec l'usage d'une maison : 1° l'exercice du *jus habitandi* peut être loué, mais non vendu ni donné; 2° il ne s'éteint ni par le non-usage, ni par la *capitis deminutio*; 3° constitué par donation entre-vifs, il n'est

pas opposable aux héritiers du donateur (L. 10, D., *De capite minutis*, 4-5; L. 32, D., *De donationibus*, 39-5. — *Inst.*, L. II, t. V, *De usu*, § 5. — *Contra*, C. C., art. 634).

Operæ servi aut animalis. — Le droit aux *operæ* d'un esclave ou d'un animal se rapproche de l'habitation en ce qu'il ne s'efface ni par le non-usage, ni par la *capitis deminutio*. Mais il disparaît par l'usucapion de l'esclave ou de l'animal et passe aux héritiers, double anomalie qui lui donne un aspect original (L. 2, D., *De usu et usuf.*, 33-2) (1).

CHAPITRE XI.

POUVOIR D'ALIÉNER ET D'ACQUÉRIR LES DROITS RÉELS.

(*Inst.*, L. II, t. VIII-IX).

L'étude de la propriété et de ses démembrements, est à peu près terminée. Il ne nous reste plus, pour remplir le cadre des Institutes, qu'à tracer le tableau d'ensemble des personnes qui peuvent aliéner ou acquérir les divers droits réels.

§ I.

Pouvoir d'aliéner.

Deux principes généraux régissent la capacité d'aliéner : nul ne peut aliéner la chose d'autrui ; chacun peut aliéner sa propre chose (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus licet alienare*, pr.).

I. **Nul ne peut aliéner la chose d'autrui.** — On ne peut aliéner la chose d'autrui ; cette règle n'appelle aucune explication, et la vulgaire raison suffit à la justifier ; mais elle comporte plusieurs correctifs.

Par exception, sont admis à l'aliénation de la chose d'autrui : 1° le créancier gagiste et le premier créancier hypothécaire ; 2° les représentants légaux des incapables comme les tuteurs et les cura-

(1) L'*usus servi aut animalis* ne doit pas se confondre avec le droit aux *operæ* ; il y a entre ces deux servitudes personnelles plusieurs différences qui ressortent clairement d'un texte de Papinien (L. 2, D., *De usu et usuf.*, 33-2).

teurs pourvu qu'ils agissent suivant les formes et dans les limites que nous avons indiquées ailleurs; 3° les représentants conventionnels, comme les mandataires; mais un mandat général ne suffirait pas pour cela, il faudrait ou un mandat spécial ou tout au moins, un mandat *cum libera potestate;* 4° les représentants naturels, c'est-à-dire les personnes, *in potestate*, esclaves, enfants de famille, lorsqu'ils se conforment à la volonté du *paterfamilias*, soit expresse, soit tacitement révélée par la concession de la libre administration d'un pécule (L. 63, D., *De procuratoribus*, 3-3; L. 41, § 1, D., *De rei vind.*, 6-1. — *Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 43. — Conf., C. C., art. 1988).

Hormis les personnes *in potestate*, quiconque veut aliéner la chose d'autrui n'y saurait parvenir que par la tradition; en conséquence, dans le droit classique, si l'opération porte sur une *res mancipi*, l'acquéreur l'aura seulement *in bonis* et devra l'usucaper (L. 16, C., *De administ. tut.*, 5-37).

II. **Chacun peut aliéner sa chose.** — On peut aliéner sa propre chose; c'est encore un de ces principes supérieurs à toute démonstration. Mais il faut rattacher à ce principe plusieurs exceptions qui constituent suivant leur étendue des incapacités spéciales ou générales (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, pr.).

Incapacités spéciales. — Sont frappés d'une incapacité spéciale, c'est-à-dire restreinte à des biens déterminés : 1° dans l'ancien droit, la femme pubère en tutelle, à l'égard de ses *res mancipi;* 2° le mineur de vingt-cinq ans qui n'est pas en curatelle, à l'égard de ses immeubles; 3° le mari lui-même, à l'égard du fonds dotal; cette règle célèbre trouvera place dans la théorie de la dot (*Ulpien*, R., t. XI, § 27. — L. 1, § 2, D., *De rebus eorum*, 27-9).

Incapacités générales. — Sont absolument hors d'état d'aliéner leurs biens quelconques, tous les incapables proprement dits, tels que le fou dans ses moments non lucides, le prodigue interdit, le mineur de vingt-cinq ans en curatelle, depuis Dioclétien, et, dans tous les temps, le pupille (L. 3, C., *De in integr. restit.*, 2-22).

Incapacité du pupille. — Les Institutes déduisent de l'incapacité du pupille trois conséquences intéressantes que nous devons indiquer (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, § 2).

1° Le pupille *sine auctoritate tutoris* ne peut faire un prêt ou *mutuum* qui suppose la translation de propriété des choses prêtées. Néanmoins, s'il a accompli en fait le prêt, il n'acquiert pas de

créance contractuelle, *non contrahit obligationem;* le contrat ne se forme pas, le pupille resté propriétaire de ses deniers peut les revendiquer *sicubi extent.* Mais en supposant que l'*accipiens* les ait consommés, l'action réelle devient impossible; *res extinctæ vindicari nequeunt.* Il a fallu dans ce cas armer le pupille d'une action personnelle. La consommation a-t-elle eu lieu de bonne foi? l'emprunteur sera passible d'une *condictio sine causa* (1). La consommation a-t-elle eu lieu de mauvaise foi? le pupille est libre, s'il le préfère, d'intenter la revendication ou l'action *ad exhibendum;* elles reposent l'une et l'autre sur l'idée que l'*accipiens* est mis par son dol dans l'impuissance de représenter ou de restituer les deniers, et procurent au demandeur l'avantage du *juramentum in litem* (L. 5, D., *De in litem jurejurando*, 12-3).

2° Le pupille agissant *sine auctoritate tutoris* ne peut se libérer d'une dette par un paiement, qui suppose comme le *mutuum* une translation de propriété. Tant que le créancier est en possession de ce qu'a payé le pupille, ce dernier peut revendiquer; mais il ne triomphera qu'en appuyant sa revendication sur un intérêt sérieux, par exemple, s'il a devancé un terme non échu ou s'il a négligé d'invoquer l'*optio* dans une dette alternative; à défaut d'une raison pareille, l'exception de dol paralyserait sa demande, parce qu'il violerait l'équité en exigeant la restitution d'une chose que l'autre partie serait en droit de réclamer immédiatement. Quant au créancier qui a consommé, était-il de mauvaise foi, c'est-à-dire informé de l'intérêt que le pupille avait à répéter? on doit le déclarer tenu de l'action *ad exhibendum* ou de la revendication. Dans le cas contraire, la consommation a éteint la dette du pupille, comme l'eût fait un vrai paiement (L. 9, § 2, D., *De auctoritate*, 26-8; L. 8, D., *De exceptione doli mali*, 44-4. — Conf., C. C., art. 1238).

3° Le pupille ne peut pas recevoir un paiement *sine tutoris auctoritate*, puisqu'il ne peut pas aliéner sa créance (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, § 2).

Cette troisième règle ne tient pas directement à l'incapacité d'aliéner un droit réel; aussi l'explication en viendra plus logiquement à propos de l'extinction des droits de créance.

(1) Cette *condictio* diffère très profondément de la *condictio ex mutuo* qui compéterait au prêteur si le *mutuum* s'était formé; car le pupille réclame ses deniers sans avoir à respecter aucune des modalités ou des clauses du contrat intervenu entre lui et l'*accipiens*, ce contrat ne s'étant pas formé.

§ II.

Pouvoir d'acquérir.

En thèse générale, toute personne *sui juris* acquiert valablement par elle-même. Cependant le *furiosus*, dans ses moments non lucides, et le pupille *infans* ne sauraient accomplir que les acquisitions indépendantes de tout acte de volonté; encore, faut-il se rappeler que par dérogation aux principes, la pupille *infans* peut devenir possesseur ou faire adition d'hérédité avec l'*auctoritas* de son tuteur.

Mais est-il èst permis d'acquérir par autrui? Le droit pur impose sur ce point une distinction fondamentale.

Les Romains n'admettent pas la représentation dans les actes juridiques, il en résulte qu'on ne peut rien acquérir par les personnes qu'on n'a pas en sa puissance : *nihil per extraneas personas nobis adquiritur.* La cause et les effets de cette règle seront étudiés à l'occasion du mandat. Il ne faut pas oublier qu'elle ne s'applique pas à la possession, et l'on verra cette grave dérogation en amener bien d'autres (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas personas*, § 5).

Au contraire, on peut tout acquérir par les personnes qu'on a sous sa puissance. *Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habemus.* La *manus* et le *mancipium* ont à cet égard le même effet que la puissance paternelle ou la puissance dominicale (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, pr.) (1).

Il suffira d'examiner ici l'acquisition par l'esclave et le fils de famille.

Acquisition de droits réels par l'esclave. — On sait déjà que tout ce qu'acquiert l'esclave est acquis à son maître; le *dominus* bénéficie de toutes les acquisitions quelconques réalisées par son *servus*, il en profite à son insu ou même malgré lui à moins qu'il ne s'agisse de l'acquisition d'une hérédité qui ne peut avoir lieu que *jussu domini.* L'esclave peut figurer dans tous les modes d'acquérir, il peut même se servir de la mancipation, dont les termes sa-

(1) Gaius qui pose le principe constate cependant qu'il y avait quelque doute au sujet de l'acquisition de la possession *per eas personas quas in manu mancipiove habemus* (Gaius, II, 90).

cramentels sont modifiés pour son usage. Mais l'*in jure cessio* et l'adjudication lui restent inaccessibles; car ces deux procédés supposent un procès fictif ou sérieux, et l'arène judiciaire n'est pas ouverte à l'esclave. Le maître, lorsqu'il est pourvu de l'*animus domini*, ou lorsque l'opération est réalisée *ex causa peculiari*, devient également possesseur par l'intermédiaire de l'esclave. Mais il est ici nécessaire que l'esclave ait l'intention et la conscience d'acquérir pour son maître, et qu'il soit lui-même en la possession du *dominus*. Par là se trouvent exclus le *servus pignori datus*, et probablement le *servus fugitivus*, même avant sa chute dans les mains d'un tiers (*Gaius*, II, 96; III, 167. — L. 1, §§ 10, 14, 15, D., *De acq. vel amitt. poss.*, 41-2. — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 3) (1).

Les acquisitions de l'esclave indivis entre plusieurs maîtres profitent à chacun d'eux pour une part proportionnelle à son droit de copropriété sur le *servus communis*. Il en est autrement, lorsque l'esclave agit au nom personnel ou sur l'ordre d'un seul de ses maîtres ou s'ils ne se trouvent pas tous dans les conditions voulues pour participer à l'acquisition (*Gaius*, III, 167. — L. 5; L. 7, D., *De stip. serv.*, 45-3).

L'esclave d'une hérédité jacente, *servus hereditarius*, peut acquérir pour le compte de l'hérédité toute espèce de droits réels, sauf cependant des servitudes personnelles. Quant à la possession, il est évident que l'*animus domini* ne saurait exister dans une *hereditas*; l'esclave possédera donc seulement *ex causa peculiari*, si le défunt lui a confié un pécule (L. 26, D., *De stip. serv.*, 45-3).

L'esclave acquiert en certains cas à d'autres que son maître. Ainsi le *servus* est souvent *fructuarius*, c'est-à-dire grevé d'un droit d'usufruit, *usuarius*, c'est-à-dire grevé d'un droit d'usage; dans ce cas, on attribue à l'usufruitier toutes les acquisitions provenant tant *ex re sua* que *ex operis servi*; l'usager n'a droit qu'aux acquisitions provenant *ex re sua*. On entend par acquisitions *ex re sua* tout ce que l'esclave obtient en échange d'une valeur puisée dans le patrimoine du titulaire de la servitude, et les libéralités entre-vifs ou testamentaires qui lui sont adressées en considération de ce même titulaire. On entend, au contraire, par acquisition *ex operis servi* les fruits civils de l'esclave, c'est-à-dire les loyers ou salaires

(1) Lorsque l'esclave a deux maîtres, un maître prétorien et le *dominus ex jure quiritium*, c'est le maître investi de l'*in bonis* qui profite seul en principe des acquisitions réalisées par le *servus* (*Gaius*, II, 88; III, 166).

de son travail quelconque; l'usager en est exclu par la nature même de son droit. Ces règles s'appliquaient-elles à l'acquisition de la possession; on en doutait au temps de Gaius, mais Justinien trancha le doute en faveur de l'affirmative. Il va de soi que le nu-propriétaire de l'esclave recueille toutes celles de ses acquisitions qui n'appartiennent pas à l'usufruitier ou à l'usager (*Gaius*, II, 94. — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas personas*, § 4).

Enfin le possesseur de bonne foi d'un esclave ou d'un homme libre acquiert également *ex operis ejus* ou *ex re sua*. Mais le *possessor bonæ fidei* d'un esclave peut l'usucaper et alors il profitera de toutes ses acquisitions; d'ailleurs, s'il perd la *bona fides*, il n'acquerra plus que *ex re sua*. Le *possessor bonæ fidei* d'un homme libre ne l'usucape jamais, et les acquisitions dont il ne profite pas restent à ce dernier (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 4).

Acquisition de droits réels par le fils de famille. Des pécules. — Assimilé dans l'origine à l'esclave, le fils de famille procure également au *pater* la propriété par tout autre mode que l'*in jure cessio* et l'adjudication; il le rend aussi possesseur, pourvu que le père ait l'*animus domini*, ou que le fils agisse *ex causa peculiari* (*Gaius*, II, 86. — *Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 1).

Cette rigueur de l'ancien droit n'était point adoucie par le pécule que la *paterfamilias* pouvait constituer à l'enfant; car le père en restait propriétaire, comme s'il l'eût concédé à l'esclave. C'est là ce qu'on appelle le pécule profectice, *quod a patre proficiscitur*. Mais le pécule profectice ne fut pas le seul que la loi romaine reconnut au *filiusfamilias*, le droit impérial est venu créer trois autres pécules sur lesquels le fils avait des pouvoirs qu'il est utile de connaître.

Peculium castrense. — Les empereurs, toujours désireux d'acheter par des largesses le dévouement nécessaire de l'armée, organisèrent pour le fils de famille soldat un moyen de profiter lui-même de leurs libéralités. De là vint l'institution du *peculium castrense*, qui remonte probablement au règne d'Auguste. On y fait entrer tout ce que le *filiusfamilias* acquiert en qualité de militaire, solde, butin, donations; à l'égard de ce pécule, il est traité comme un *paterfamilias* (L. 11, D., *De castr. peculio*, 49-17; L. 2, D., *De Senat-Maced.*, 14-6).

Peculium quasi-castrense — Ce pécule fut créé par l'empereur

Constantin en l'année 321 de notre ère (1). Il se composa d'abord de ce qui était acquis par les officiers du palais impérial à l'occasion de leurs fonctions. On l'étendit ensuite aux honoraires des officiers de la police occulte (*agentes in rebus*), des avocats, des prêtres et diacres, et sous Justinien, de tous les fonctionnaires rétribués par l'État. Comme l'indique son nom, il ressemble au précédent; le fils en a la propriété, la jouissance et l'administration. Une différence a toutefois séparé ces deux pécules pendant longtemps; le *filiusfamilias* a pu, depuis Adrien disposer de son pécule castrense par testament, tandis qu'il n'a pu tester *de peculio quasi-castrensi* que depuis Justinien (*Inst.*, L. II, t. XI, *De test. militis*, § 6. — L. 1, C., *De castrensi*, 12-31; L. 37, C., *De inoff. test.*, 3-28).

Peculium adventitium. — Le pécule adventice, également imaginé par Constantin, comprit en premier lieu la succession de la mère testamentaire ou *ab intestat*, sous Honorius et Arcadius tous les biens provenus à titre gratuit de la ligne maternelle, sous Théodose et Valentinien les dons et legs du conjoint ou fiancé, sous Justinien tout ce qui n'est ni *profectitium*, ni *castrense*, ni *quasi-castrense*. L'enfant n'a que la nue-propriété de ce pécule, dont la jouissance et l'administration sont réservées au père (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas. pers.*, § 2. — L. 1; 2, C., *De bonis maternis*, 6-60; L. 1; 5, C., *De bonis quæ liberis*, 6-61).

Comme la crainte de perdre cette jouissance aurait pu empêcher le père d'émanciper son enfant, on permit d'abord au *pater* émancipateur de garder le tiers du pécule adventice en pleine propriété *pro pretio emancipationis;* Justinien substitua à ce tiers en propriété la moitié en usufruit (L. 6, § 3, C., *De bonis quæ liberis*, 6-61. — *Contra*, C. C., art. 384).

Ces tempéraments successifs ont tellement ébranlé le principe, qu'il n'est pas téméraire de le considérer comme détruit à l'époque des Institutes. Dans le dernier état du droit romain, l'enfant de famille acquiert pour lui-même, et c'est par exception seulement que ses acquisitions vont au *pater*.

(1) Les textes de l'époque classique qui font mention du pécule *quasi-castrense* ont été certainement interpolés (V. notamment, L. 7, § 6, D., *De donationibus*, 39-5).

CHAPITRE XII.

DONATIONS.

(*Inst.*, L. II, t. VII.)

La théorie spéciale des donations peut servir d'appendice à la théorie générale des droits réels; car c'est le plus souvent dans la constitution gratuite d'un droit réel que consiste la donation. Il est donc permis de suivre à cet égard le plan des Institutes, qui n'a rien de contraire aux exigences d'une bonne méthode.

PREMIÈRE SECTION.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES DONATIONS.

Définition. — Le terme vague de donation recouvre plusieurs idées distinctes qu'il convient de mettre en lumière.

Dare signifie transférer la propriété ou quelque autre droit réel. Or la *datio* peut avoir lieu dans un triple but; elle peut d'abord se produire *solvendi animo,* c'est-à-dire pour éteindre une obligation préexistante; elle constitue alors le paiement. La *datio* peut avoir lieu *contrahendi animo,* c'est-à-dire pour créer une obligation nouvelle; le *mutuum* en est un exemple. Enfin, la *datio* peut avoir lieu *donandi animo;* elle constitue alors une donation, c'est-à-dire une aliénation sans équivalent. Telle est la conception qu'on avait d'ordinaire de la donation au temps classique.

Mais la donation ne suppose pas nécessairement une translation gratuite de droits réels. On la trouve aussi dans toute obligation contractée par un débiteur qui ne reçoit rien en échange; elle dérive alors d'un pacte ou d'un contrat. La donation est dans ce cas conventionnelle et les Institutes s'en préoccupent surtout à ce point de vue.

Enfin, on qualifie de donation tout acte, même unilatéral, qui augmente intentionnellement un patrimoine aux dépens d'un autre, sans compensation antérieure ou future. Par exemple, je libère mon débiteur, je bâtis sur le fonds d'autrui, je laisse s'accomplir

une usucapion, je répudie un legs pour alléger les charges de l'héritier ou pour attribuer ma part à mes colégataires.

Si l'on veut enfermer ces trois grandes catégories d'hypothèses dans une seule définition générale, il faut entendre par donation un fait actif ou passif, unilatéral ou bilatéral, mais essentiellement volontaire, dont le résultat est d'investir ou de libérer gratuitement le donataire d'un droit réel ou personnel qui appartient ou pourrait appartenir au donateur.

Nature, éléments. — De ces notions, il est facile de dégager la nature propre et les éléments constitutifs de la donation.

Nature. — La nature propre de la donation, c'est de n'être point un acte original, indépendant, individuel, une opération distincte, vivante de sa vie, et se suffisant à elle-même, comme la mancipation, la stipulation, l'acceptilation. Elle ne tire, au contraire, son existence que de l'un ou de l'autre de ces faits juridiques; on passe par eux pour l'atteindre; elle en est l'effet réalisé à titre gratuit.

Éléments. — Les éléments nécessaires de la donation sont au nombre de trois : 1° appauvrissement du donateur; cette condition résulte du sacrifice d'un droit acquis ou qu'il lui est loisible d'acquérir; 2° enrichissement du donataire; cette condition suppose qu'il retire un avantage pécuniairement appréciable de l'appauvrissement du donateur; 3° esprit de libéralité chez le donateur (*animus donandi*). Cette dernière condition signifie que la disposition doit être à la fois libre et désintéressée. Or elle n'est pas libre, dès qu'elle se fonde sur une obligation même naturelle; elle n'est pas désintéressée, si le donateur en retire un avantage personnel, comme le bénéfice d'une transaction (L. 14, § 3, D., *De fundo dotali*, 23-5; L. 5, § 15, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1; L. 1, D., *De transact.*, 2-15).

Le premier et le second de ces trois éléments séparent la donation des autres actes gratuits, tels que le dépôt, le commodat, le mandat ou le précaire ; quant à l'*animus donandi*, il se rencontre nécessairement dans tous les actes à titre gratuit quelconques.

Puisque la donation n'exige que ces trois conditions, le consentement, le concours des volontés du donateur et du donataire n'y est donc point indispensable ; elle peut résulter d'un acte unilatéral, par exemple d'une renonciation *ex una parte*. Cependant la donation constitue le plus souvent un acte bilatéral, une convention, elle procède alors d'un accord entre deux personnes; c'est là tout ce

que signifie la règle *non potest liberalitas nolenti alquiri* (L. 19, § 2, D., *De donationibus*, 39-5).

Les Romains ont distingué deux grandes espèces de donations, les donations entre-vifs (*donationes inter vivos*) et les donations à cause de mort (*donationes mortis causa*).

DEUXIÈME SECTION.

DONATIONS ENTRE-VIFS.

La donation entre-vifs est un acte, mais plus ordinairement une convention, par laquelle le donateur se dépouille à titre gratuit, actuellement et irrévocablement d'une chose ou d'un droit au profit du donataire ; elle exige chez le donateur la capacité de faire sa condition pire et chez le donataire la capacité d'acquérir.

Cette donation présente deux caractères principaux ; elle est en effet *actuelle* et *irrévocable*. Elle est *actuelle*, ce qui veut dire que le dépouillement du donateur et l'investissement du donataire se produisent immédiatement, *hic et nunc*, du vivant même des parties. Elle est *irrévocable*, ce qui signifie que le donateur ne peut pas en principe revenir sur la donation par lui faite et reprendre l'objet de la libéralité.

Ces deux caractères distinguent très nettement la donation entre-vifs du legs, du fidéicommis et de la donation *mortis causa* (Conf., C. C., art. 894).

§ I.

Formation de la donation entre-vifs.

La convention de donner, n'étant pas un mode d'acquérir (1) et n'ayant pas été classée parmi les contrats, ne produit aucun droit réel ou personnel et n'engendre aucune action. Réduite à l'état de simple pacte, elle est par elle-même dénuée de tout effet obligatoire.

(1) Les Institutes qualifient, il est vrai, la donation de *genus adquisitionis*, mais il n'est douteux pour personne qu'il y a là une véritable inexactitude de langage ; la *donatio* même dans le dernier état du droit n'est pas et ne peut pas être un *modus acquirendi*, elle n'est qu'une *justa causa tradendi* (*Inst.*, L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 40 ; *Inst.*, L. II, t. VII, *De donat.*, pr.).

A quel moment recevra-t-elle l'existence juridique? Comment deviendra-t-elle parfaite de manière à faire acquérir au donataire un droit définitif et irrévocable?

Pour répondre à cette importante et délicate question, il faut distinguer trois périodes historiques : la période de l'ancien droit, la période de la loi Cincia, la période du droit impérial.

1° **Période antérieure à la loi Cincia.** — Dans cette période qui va des origines du droit romain jusqu'au cinquième siècle de Rome, on peut poser en principe que la donation est parfaite dès que le donataire est investi d'un moyen de droit quelconque, civil ou prétorien, pour obtenir ou conserver le bénéfice de la libéralité. Il suffit, en d'autres termes, qu'une voie de droit soit ouverte au donataire pour que la donation soit formée.

Ainsi, il y aura donation d'un droit réel (*datione*) dès que le donateur aura transféré au donataire soit la propriété quiritaire, soit la propriété prétorienne, soit même la possession *ad usucapionem*. S'il s'agit d'une donation *obligatione*, la libéralité sera réalisée par cela seul que le donateur aura pris un engagement civil ou prétorien envers le donataire. Enfin s'il s'agit d'une donation *liberatione*, la donation sera réputée formée dès que le donateur aura employé un mode extinctif du droit civil comme l'acceptilation ou un mode du droit prétorien comme le pacte *de non petendo*.

2° **Période de la loi Cincia** (1). — La loi Cincia avait deux chefs. Sa première disposition, célèbre dans la littérature romaine, mais étrangère à notre sujet, défendait aux avocats de recevoir des honoraires; cette prohibition resta justement impuissante, du jour où le barreau cessa d'ouvrir le chemin des honneurs politiques pour devenir une profession (2).

La seconde disposition de la loi Cincia établit pour les donations entre-vifs un taux qu'elles ne devaient point dépasser, *modus legitimus*. Quel était ce taux? Nous l'ignorons, ainsi que la manière de le calculer; car on ne sait pas s'il était d'une somme fixe, d'une

(1) La loi Cincia, *lex de donis et muneribus* ou *lex muneralis*, est un plébiscite rendu en l'an de Rome 549 ou 550, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus, et sur les instances de Caton l'ancien.

(2) L'empereur Claude, au dire de Tacite, aurait essayé de faire revivre cette disposition tombée en désuétude; mais il ne put y réussir, car le sénat se borna à fixer un taux maximum de 10,000 sesterces (1950 francs de notre monnaie) que les avocats ne pouvaient dépasser sous peine de concussion (Tacite, *Annales*, L. XI, ch. 5, 6, 7).

quotité invariable ou d'une quotité proportionnelle à la fortune du donateur. Tout ce qu'on a le droit d'affirmer, c'est que ce taux s'appréciait exclusivement d'après le capital donné, sans tenir compte des intérêts ou fruits perçus par le donataire. Nous savons également que la *lex Cincia* ne s'appliquait ni à toutes les donations ni à toutes les personnes ; ainsi elle restait étrangère aux donations de fonds provinciaux, elle ne s'appliquait pas non plus à certaines personnes privilégiées que les texes qualifient de *personæ exceptæ*. Au rang des personnes exceptées figuraient les époux, les fiancés, les cognats jusqu'au cinquième degré, plus dans le sixième les petits-cousins et petites-cousines, *sobrini sobrinæve*, enfin les personnes unies aux précédentes par le lien de la *patria potestas* exercée ou subie (L. 11, D., *De donationibus*, 39-5. — F. V., §§ 293, 298-309).

Restent donc soumises aux règles de la période antérieure, les donations *intra modum*, c'est-à-dire en deçà du taux inconnu de la loi Cincia, ainsi que les donations quelconques adressées à des *personæ exceptæ*. Mais, qu'arrive-t-il, lorsque des donations *ultra modum* ont été faites à des personnes non exceptées de l'application de la loi ?

Sanction de la loi Cincia. — Il s'est élevé sur le caractère et sur les effets de la *loi Cincia* de sérieuses difficultés que nous ne pouvons ni exposer ni élucider ici ; voici seulement quelles furent, à notre point de vue, la portée et les conséquences pratiques de ce plébiscite célèbre.

La loi Cincia n'a eu pour but ni d'interdire ni de frapper de nullité les donations *ultra modum legitimum*. Seulement, pour défendre le donateur contre les entraînements irréfléchis, et le mettre au-dessus des manœuvres captatoires qui se faisaient jour dans les mœurs romaines et qui tendaient à dépouiller la famille du disposant, elle a rendu plus difficile la formation de la donation *supra modum*, en ne lui reconnaissant force juridique qu'après son entière exécution. Autrement dit, il ne suffit plus à la perfection de la libéralité que le donataire ait un moyen quelconque d'en obtenir ou d'en retenir le bénéfice. Il faut désormais que nulle voie civile ou prétorienne, action ou exception, ne reste ouverte au donateur pour en empêcher l'accomplissement. Tant qu'un expédient lui est possible, il a le droit légal de s'en servir et la donation demeure imparfaite.

Par exemple, s'agit-il d'une donation de propriété ? Appliquée à une *res mancipi*, la mancipation non accompagnée de la tradition

laisse au donateur l'*exceptio legis Cinciæ* contre la revendication du donataire ; la tradition sans mancipation lui permet de revendiquer lui-même, jusqu'à l'expiration des délais de l'usucapion, et de paralyser par une *replicatio legis Cinciæ* l'exception *rei donatæ et traditæ* que lui imposera peut-être le donataire. Quant à la donation qui a pour objet une *res nec mancipi* immobilière, notamment un fonds provincial, tout est fini par la tradition. Enfin, en ce qui touche les donations mobilières, il est à remarquer que si le meuble *mancipi* ou *nec mancipi* a été mancipé et livré, le donateur peut encore en reprendre la possession par la voie spéciale de l'interdit *utrubi*, pourvu qu'il l'ait possédé plus longtemps que le donataire pendant l'année qui a précédé le débat (*Gaius*, IV, 151. — F. V., §§ 293, 311, 313) (1).

S'agit-il d'une libéralité faite sous la forme d'une obligation ? Le donateur, tant qu'il n'a pas payé, a la ressource de l'*exceptio legis Cinciæ* contre l'action de son créancier, le donataire. S'il a payé par erreur, c'est-à-dire ne sachant pas que l'objet de la libéralité excédait le *modus*, on l'admet à reprendre la chose par la *condictio indebiti*, protégé qu'il est par une exception perpétuelle, *tutus exceptione perpetua* (F. V., § 266).

La donation consiste-t-elle enfin dans une libération de dette ? Réalisée par *acceptilatio*, elle éteint définitivement et irrévocablement le droit du créancier et dès lors se trouve parfaite. Manifestée dans un pacte de remise (*pactum de non petendo*), elle laisse au donateu son action de créance, que la *replicatio legis Cinciæ* fait triompher de l'exception *pacti conventi* opposée par le débiteur (L. 1, § 1, D., *Quibus modis pignus*, 20-6. — L. 2, C., *De acceptilatione*, 8-44).

Il ressort de toutes ces hypothèses et de beaucoup d'autres hypothèses analogues que la pleine exécution est nécessaire, dans l'esprit de la loi Cincia, pour rendre certaine la volonté du disposant et définitive la donation *ultra modum*. Jusqu'à l'entier accomplissement, le donateur peut user librement de tous les moyens de droit commun qui sont à sa portée pour garder ou reprendre l'objet de la libéralité. Ce n'est pas seulement l'excédant de la donation sur le taux légal qu'il a droit de retenir ou de recouvrer, mais la

(1) Le donataire ne peut donc pas, dans ce cas, invoquer l'*accessio possessionum*, comme il aurait pu le faire en toute autre hypothèse.

donation tout entière; car l'application de la loi Cincia suppose qu'il n'avait pas été libre dans sa disposition; or la volonté de donner ne peut être réputée certaine pour partie et incertaine pour le surplus. Cette doctrine a cependant été contestée, mais bien à tort, suivant nous (L. 5, § 2, D., *De doli mali*, 44-4; L. 21, § 1, D., *De donationibus*, 39-5) (1).

La donation imparfaite à l'égard du donateur l'est aussi, dans la même mesure, à l'égard de tous les intéressés; c'est en ce sens que les Proculiens dont l'opinion prévalut à ce point de vue, qualifièrent de *popularis* l'*exceptio legis Cinciæ*. Il naît de là deux conséquences. 1° Tout ayant cause particulier du donateur est admis à se prévaloir de la loi Cincia; tel est le fidéjusseur qui a cautionné la promesse de donation; tel est encore l'acheteur qui a reçu du donateur tradition d'une chose déjà mancipée à un donataire, ou mancipation d'une chose déjà livrée à titre gratuit. 2° Les héritiers du donateur peuvent également invoquer la loi Cincia, à moins qu'il ne soit établi que le donateur ait persisté jusqu'à sa mort dans la volonté de donner, *nisi decesserit durante voluntate*. Car la donation serait en ce dernier cas devenue parfaite, et l'héritier du donateur échouerait devant une exception, réplique ou duplique de dol; c'est la célèbre règle si laconique de Paul, *morte Cincia removetur* (L. 24, D., *De donationibus*, 39-5. — F. V., §§ 259, 266, 268).

Les anciens interprètes voyaient dans la loi Cincia une *lex imperfecta*, c'est-à-dire une loi prohibitive des donations *ultra modum*, mais dépourvue de sanction. Ce point de vue semble défectueux. La loi Cincia fit en réalité ce qu'elle voulait faire; son objet n'était point d'interdire les libéralités supérieures *au modus*, mais seulement d'en assurer l'entière liberté. Elle y parvenait en facilitant de son mieux au donateur la révocation d'une largesse extorquée; elle se trouvait donc aussi parfaite que toute autre disposition législative dont le but est à peu près atteint. Cette appréciation moderne repose d'abord sur la règle *morte Cincia removetur*; si la loi Cincia contenait une véritable prohibition, il n'aurait pas été admissible que le donateur pût en triompher par sa persistance à la violer jusqu'à sa mort, et la constance de sa volonté n'effacerait

(1) Le texte de Celsus (L. 21, § 1, D., *De donationibus*, 39-5) a dû être altéré par les commissaires de Justinien.

point le vice originaire de la disposition. Une raison plus décisive encore, c'est que la donation *ultra modum* constitue pour le donataire une *justa causa usucapiendi* ; or, un fait légalement prohibé ne saurait évidemment servir de point de départ à l'acquisition de la propriété par l'usucapion (*Ulpien*, R., *De legibus*, pr. — F. V., § 293).

3° **Période du droit impérial.** — Les empereurs modifièrent profondément les règles de la formation des donations entre-vifs. Disons tout d'abord que la loi Cincia tomba en désuétude, probablement dans la seconde moitié du troisième siècle de notre ère (Nov. 162, ch. 1).

La première réforme que tenta le droit impérial est d'Antonin le Pieux; ce prince décida que la donation entre-vifs pourrait se faire désormais par simple pacte entre ascendants et descendants, c'est-à-dire que la promesse de donner, même non revêtue des formes d'un contrat, deviendrait obligatoire entre ces personnes et engendrerait la *condictio ex lege* (*Paul*, S., L. IV, t. I, § 11. — F. V., §§ 249, 314.)

Une autre réforme fut imaginée par Constance Chlore; cet empereur, afin d'assurer la publicité des donations entre-vifs dans l'intérêt des tiers et pour en conserver la preuve, voulut que toute donation fût soumise à l'insinuation. Cette formalité, déjà usitée mais non exigée à l'époque des jurisconsultes classiques, n'est rien autre chose que la copie des libéralités écrites, ou la relation des libéralités non écrites, sur les registres d'un magistrat déterminé, *apud acta* (L. 1, C. Th., *De sponsalitiis*, 3-15. — F. V., §§ 266, 268).

Le fils de Constance Chlore, Constantin, voulant compléter la réforme de son père, exigea la rédaction d'un écrit pour toutes les libéralités. Quelques années plus tard, en 428, Théodose restreignit l'insinuation aux donations qui excédaient la valeur de deux cents solides, mais la nécessité de l'écrit fut conservée pour tous les cas (F. V., § 249).

Justinien supprima d'abord la formalité de l'écrit; mais sa réforme capitale fut de généraliser la décision d'Antonin. La donation par voie d'obligation devint désormais un pacte légitime; indépendamment de tout contrat, elle eut en elle-même sa force obligatoire, sanctionnée par une *condictio ex lege*, et c'est avec raison que Justinien l'appelle pour l'avenir *justa causa tradendi* (*Inst.*,

L. II, t. I, *De divis. rer.*, § 40; L. II, t. VII, *De donationibus*, § 2. — L. 35, § 5, C., *De donat.*, 8-54).

Quant à l'insinuation, Justinien finit par ne l'exiger que pour les donations supérieures à cinq cents solides. L'omission de cette formalité emporta de plein droit nullité pour tout ce qui excédait ce chiffre. Il en résultait que le donateur pouvait repousser directement, sans le secours d'aucune exception, la demande du donataire à l'égard de l'excédant, que la donation cessait d'être dans la même mesure une juste cause d'usucapion, et que le décès du disposant n'effaçait plus la nullité; c'est une triple différence avec la loi Cincia. Tous les intéressés pouvaient d'ailleurs invoquer cette nullité. Étaient exceptionnellement dispensées de l'insinuation, certaines libéralités, notamment les donations *dotis causa*, les donations faites ou reçues par l'empereur, les donations destinées au rachat des captifs et les donations faites pour relever une maison incendiée ou tombée en ruines (L. 31, C., *De jure dotium*, 5-12; L. 34; L. 36, C., *De donationibus*, 8-54. — Nov. 52, ch. 2. — Conf., C. C., art. 939 et s.).

§ II.

Effets de la donation entre-vifs.

Si la donation entre-vifs diffère essentiellement par sa cause déterminante des actes à titre onéreux, elle leur ressemble en ce sens qu'une fois parfaite et formée, elle est, comme eux, irrévocable.

Cause déterminante. — La cause déterminante et spéciale des donations, c'est l'*animus donandi;* il y faut rattacher deux règles étrangères aux actes à titre onéreux.

1° Le donateur peut d'abord, en cette qualité, opposer au donataire l'exception *ejus quod facere potest*, connue sous le nom de bénéfice de compétence, et dont le résultat est de limiter sa condamnation au montant de son actif net; nous aurons occasion d'en étudier plus tard les détails (L. 12; 33, D., *De donationibus*, 39-5. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 38).

2° Aucune obligation de garantie ne pèse sur le donateur. Qu'il s'agisse d'éviction, de charges réelles ou de vices rédhibitoires, il ne répond de rien envers le gratifié, qui ne reçoit que les droits tels quels du disposant. Tout au plus accorde-t-on au donataire l'action

générale *de dolo*, sous les conditions ordinaires de son exercice, pour obtenir réparation du dommage qu'a pu lui causer en certains cas un dol formel du donateur (L. 62, D., *De ædilitio edicto*, 21-1).

Irrévocabilité. — A tout autre point de vue, la donation entre-vifs est aussi indépendante de la volonté du donateur que le serait un acte à titre onéreux; *temere revocari non possunt.* Ce principe ne fléchit qu'en de rares exceptions, à peu près identiques dans le droit romain et dans le droit français (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donat.*, § 2. — Conf., C. C., art. 953).

1° La donation peut être *sub modo*, c'est-à-dire contenir une charge imposée au donataire, mais évidemment inférieure à la valeur promise ou donnée, sans quoi la prétendue libéralité serait un acte à titre onéreux. L'inexécution de cette charge rend la donation révocable. Le donateur n'eut d'abord, pour réclamer sa chose qu'une action personnelle contre le donataire, la *condictio ob rem dati*. Plus tard, si la charge était dans l'intérêt du donateur, il put en poursuivre l'exécution par l'action *præscriptis verbis* qui ne touchait pas à l'existence de la donation, ou redemander la *res donata* par une revendication utile dont les tiers eux-mêmes étaient passibles. Si le *modus* était dans l'intérêt d'une personne étrangère à la donation, on lui accordait, sur le fondement d'une stipulation supposée, une action *ex stipulatu utilis* pour exiger du donataire l'accomplissement de la charge (L. 9; L. 22, C., *De donationibus*, 8-54; L. 1; L. 3, C., *De donat. quæ, sub modo*, 8-55. — Conf., C. C., art. 955).

2° La révocation de la donation est également possible pour ingratitude du donataire. L'empereur Philippe l'appliqua d'abord, en 249 de notre ère, à la libéralité faite par le patron à son affranchi; les fils de Constantin l'étendirent, en 349, aux père et mère donateurs, et Théodose et Valentinien l'appliquèrent, en 430, à tous les ascendants. Justinien finit, en 530, par en faire le droit commun; les causes de révocation pour ingratitude furent limitativement définies et limitées. L'action ouverte au donateur était une *condictio ex lege*, intransmissible à ses héritiers et contre les héritiers du donataire. L'effet de cette révocation tendant en quelque sorte à l'application d'une peine devait être personnel au gratifié, seul coupable d'ingratitude, et n'atteignait pas les droits acquis à des tiers (L. 7; L. 8; L. 9; L. 10, C., *De revoc. donat.*, 8-56. — F. V., § 272. — Conf., C. C., art. 958).

3° La révocation de la donation pour survenance d'enfants qui a été conservée et généralisée par notre Code civil (art. 960 et s.) n'a jamais été admise en droit romain que dans les rapports des patrons et des affranchis. Ce furent les fils de Constantin qui l'organisèrent en 355, en faveur du patron donateur et leur constitution qui nous est parvenue est restée célèbre par les difficultés d'interprétation qu'elle a fait naître (Const. *Si unquam*). Ainsi on ne sait pas si la révocation pour survenance d'enfants pouvait être opposée aux tiers et si par conséquent elle faisait tomber les aliénations et les droits réels consentis sur la *res donata ;* on se prononce ordinairement pour l'affirmative (L. 8, C., *De revocand. donat.*, 8-56).

TROISIÈME SECTION.

DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Si l'on en croyait les Institutes, la *donatio mortis causa* serait celle qu'on fait en prévoyance de la mort, *quæ propter mortis fit suspicionem*. Cette définition n'a rien d'exact; il ne suffit pas qu'une libéralité soit déterminée par la crainte ou la prévision d'une fin prochaine, pour qu'on la puisse qualifier de *donatio mortis causa*, dans le sens technique et juridique du mot (L. 27, D., *De mortis causa donat.*, 39-6. — *Inst.*, L. II, t. VII, *De donat.*, § 1. — *Contra*, C. C., art. 893).

Caractères et formation de la donatio mortis causa. — La donation est à cause de mort, lorsqu'elle ne devient définitive que par le prédécès du donateur; c'est le principe général. Toute *donatio mortis causa* a donc pour élément essentiel d'être caduque par le prédécès du donataire. Le plus souvent, elle est en outre révocable jusqu'à la mort du donateur, par le simple changement de sa volonté ; mais, on admet généralement, bien que l'opinion contraire ait été soutenue, que la révocabilité n'est pas un élément essentiel et que l'on n'y doit voir qu'un élément naturel de la disposition. Ainsi entendue, la donation *mortis causa* pourrait donc se définir : une donation ordinairement révocable au gré du donateur et nécessairement caduque par le prédécès du donataire (L. 13, § 1; 18; 27; 35, §§ 2, 4, D., *De mortis causa donationibus*, 39-6. — Nov. 87).

Par conséquent, si les parties ont déclaré faire une *donatio mortis causa*, elle sera caduque par le prédécès du donataire et révocable jusqu'à la mort du donateur. Les parties, sans qualifier la libéralité, l'ont-elles expressément soumise à ces deux causes de chute, ou seulement à la caducité par le prédécès du donataire? elle constitue encore une *donatio mortis causa*. Mais une donation non caduque par le prédécès du donataire est nécessairement entre-vifs, quel que soit le nom qu'on lui ait donné.

La donation *mortis causa* peut d'ailleurs avoir lieu, soit en prévision des chances habituelles et générales de mortalité qui pèsent sur le donateur, soit en vue de risques précis et particuliers qu'un événement déterminé doit faire courir au donateur, comme un voyage, une guerre ou une maladie. Cette seconde hypothèse est sans doute la plus fréquente; alors la donation tombe par le seul fait que le donateur échappe au danger prévu, avant comme après la mort du donataire. Mais le donateur eût-il succombé dans le péril, le prédécès du donataire entraînerait comme à l'ordinaire la chute de la donation (L. 3; L. 6, D., *De mortis causa donat.*, 39-6. — *Paul*, S., L. III, t. VII, §§ 1, 2).

Formes. — La donation à cause de mort n'exigeait, dans le principe, aucune formalité particulière et consistait simplement dans l'accomplissement de l'acte générateur du droit réel, de la créance ou de la libération dont il s'agissait de gratifier le donataire. Constantin la soumit à la nécessité de l'insinuation; mais elle en fut dispensée par Justinien, qui lui imposa seulement la présence de cinq témoins, ou l'emploi des formes du codicille. Dans aucun cas, la donation à cause de mort ne peut résulter d'une promesse non revêtue de l'enveloppe d'un contrat; en d'autres termes, elle ne constitue jamais un pacte légitime, puisque la célèbre innovation de Justinien sur ce point est restée propre aux donations entre-vifs (F. V., § 249. — L. 35, C., *De donationibus*, 8-54; L. 4, C., *De donat. causa mortis*, 8-57).

Effets de la donatio mortis causa. — La donation à cause de mort n'étant pas par elle-même une convention civilement efficace tire toute son existence d'un fait juridiquement régulier, comme une aliénation, un contrat ou une remise de dette. Seulement les effets d'une pareille donation ne sont pas définitifs, puisqu'ils doivent tomber ou par le prédécès du donataire ou par la révocation du donateur. Ceci veut dire que la *donatio mortis causa* est nécessaire-

ment conditionnelle, mais la condition qui l'affecte peut être suspensive ou résolutoire.

La condition est *suspensive*, lorsque le droit du donataire ne doit prendre naissance qu'au prédécès du donateur; en ce cas, le gratifié n'aura jamais rien eu, s'il meurt le premier. Elle est *résolutoire*, lorsque le donataire a été purement et simplement, dès l'instant de l'acte, investi de son droit, mais que la donation ne doit devenir définitive qu'au prédécès du donateur, et peut jusqu'alors se trouver résolue par l'exercice de la faculté de révocation, qui lui appartient d'ordinaire, ou tout au moins par le prédécès du donataire.

Ces principes s'appliquent sans difficultés à la donation qui procède d'une *obligatio* ou d'une *liberatio*. Car la condition suspensive, en s'accomplissant, oblige irrévocablement les héritiers du donateur, ou libère définitivement le donataire. Quant à la condition résolutoire, on verra bientôt qu'aux yeux des Romains elle n'a point de force par elle-même; en s'accomplissant, elle ne fera donc pas tomber la promesse du donateur envers le donataire, ou revivre la dette dont il l'a libéré; seulement le donataire ou ses héritiers seront tenus, sous peine d'une *condictio sine causa*, de rétablir les choses dans l'état antérieur à la donation. Pour le cas spécial où la libéralité aurait été réalisée par un pacte *de non petendo*, le donateur serait dispensé de recourir à la *condictio*; car cette remise imparfaite n'aurait pas éteint de plein droit l'action abandonnée par le donateur, et que la condition accomplie ferait seulement disparaître l'exception *pacti* qui la paralysait jusque-là (L. 27, D., *De pactis*, 2-14).

La donation par voie d'aliénation (*datione*) n'offre guère plus de difficultés. Accomplie, la condition suspensive transfère la propriété au donataire, qui ne saurait l'avoir auparavant; défaillie, elle la laisse au donateur, qui ne l'aura jamais perdue. Au contraire, la défaillance de la condition résolutoire rend irrévocable le droit acquis du donataire; mais si nous la supposons accomplie, aura-t-elle pour effet de retransférer *de plano* la propriété au donateur? On sait déjà que la législation classique n'admettait pas un tel résultat : *dominium ad tempus transferri nequit;* le déplacement de la propriété ne pouvait en effet provenir que d'un *modus adquirendi* valable, et ce qui avait été fait par un mode d'acquérir ne pouvait être détruit que par un autre *genus acquisitionis*. Il résultait de ce

principe que le donateur, même après la révocation ou la caducité de la donation, n'était pas armé de l'action réelle en revendication pour reprendre la chose donnée, mais d'une simple action personnelle contre le donataire. Ulpien, le jurisconsulte novateur, proposait timidement de considérer la propriété comme retransférée de plein droit au donateur, dès l'accomplissement de la condition résolutoire et d'investir à cet effet le donateur d'une revendication utile; mais cette doctrine, qui devait devenir la théorie moderne, ne prévalut définitivement qu'après Dioclétien (L. 29, D., *De mortis causa donat.*, 39-6. — L. 2, C., *De donat. quæ sub modo,* 8-55. — F. V., § 283) (1).

QUATRIÈME SECTION.

DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

Les donations entre époux furent longtemps permises à Rome; elles l'étaient encore à l'époque de la loi Cincia, puisque cette loi comptait les époux au nombre des *personæ exceptæ.* Mais la coutume les interdit antérieurement au jurisconsulte Labéon, contemporain d'Auguste et de Tibère. La prohibition se fondait sur le danger des entraînements toujours à redouter entre conjoints, et sur la crainte des menaces intéressées de divorce, *ne concordia pretio conciliari videretur* (F. V., § 302. — L. 1; 2; 65; 67, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1. — Conf., C. C., art. 1091 et s.) (2).

Prohibition primitive. — Jusqu'à Septime Sévère, les donations entre époux furent rigoureusement prohibées et tout acte intervenu *donandi animo* entre conjoints était frappé d'une nullité radicale et absolue. Le conjoint donateur pouvait donc revendiquer la chose donnée, ou repousser directement et sans le secours d'aucune exception, la dette par lui contractée envers le donataire, ou poursuivre le paiement de la créance dont il lui avait fait remise civile ou prétorienne. Pour empêcher la violation détournée de la règle, on y soumettait même les donations adressées par l'un des

(1) On trouvera plus loin la comparaison des donations *mortis causa* et des legs (voir la table).

(2) Cette prohibition ne frappait que les époux unis entre eux par les liens des *justæ nuptiæ;* aussi n'atteignait-elle, ni les fiancés, ni les personnes vivant en concubinat, ni celles qui avaient contracté le *matrimonium injustum.*

époux, non plus à son conjoint en personne, mais à quiconque était sous la puissance de ce dernier ou l'avait *in potestate* (L. 3, §§ 4, 10; L. 48, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1).

On exceptait seulement de la prohibition : 1° les donations qui n'enrichissaient pas sérieusement le donataire, comme celle d'un droit d'usage, ou d'un esclave à affranchir dans un délai préfixe; 2° les donations qui n'appauvrissaient pas véritablement le donateur, en ne le privant pas d'un capital acquis, telles que les donations d'intérêts, de fruits, ou d'une hérédité répudiée; 3° les donations à cause de mort faites sous la condition suspensive du prédécès du donateur, et qui ne devenaient dès lors définitives qu'à la dissolution du mariage; 4° quelques autres donations déterminées, par exemple *honoris causa*, pour faciliter au mari l'acquisition d'une charge ou distinction honorifique, *exsilii causa*, pour adoucir l'exil de l'un des conjoints, *divortii causa*, c'est-à-dire en vue d'un divorce prochain et sérieux; cette dernière n'était valable qu'après la rupture consommée du mariage (L. 5, §§ 13, 14; L. 7, § 7; L. 10; L. 13; L. 18; L. 43, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1).

Sénastusconsulte de Caracalla. — Vers la fin du règne de Septime Sévère, et sur la proposition de son fils Antonin Caracalla, cette législation fut modifiée par le sénatusconsulte Émilien, plus ordinairement nommé *Oratio Antonini* (L. 32, pr., D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1) (1).

Quelle est la véritable portée de l'innovation? On dit souvent que l'*Oratio Antonini* déclara pour l'avenir la donation entre conjoints valable en principe, mais révocable au gré du donateur. La thèse inverse paraît plus vraie. L'unique résultat du sénatusconsulte fut que la donation, nulle de plein droit comme auparavant, était désormais susceptible de devenir valable par la mort du donateur *in matrimonio* et *in eadem voluntate*, ce qui revient à dire que la nullité restait définitive par le prédécès du donataire, le repentir du donateur ou le divorce. Bref, et sans vouloir afficher une assurance que ne comporte guère un problème controversé dans la science moderne et probablement chez les Romains eux-mêmes, on peut dans cette seconde période considérer la donation entre époux, non

(1) La question de savoir si le sénatusconsulte de Caracalla s'appliquait à toutes les donations entre époux, aux *rerum donationes*, comme aux autres, est encore discutée parmi les interprètes du droit romain (L. 3, § 10; 23; 33, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1.

pas comme valable sauf révocation, mais comme nulle sauf confirmation (L. 32, §§ 2, 10, 13; L. 33; L. 34; L. 35, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1).

Depuis l'*Oratio Antonini*, la donation entre époux ressemblait à la *donatio mortis causa*, en ce qu'elle devenait inattaquable, par le prédécès du donateur sans révocation; aussi fut-elle, comme l'autre, soumise dans une certaine mesure aux règles des legs, notamment à la loi Falcidie (L. 32, § 1, D., *De donat. int. vir. et ux.*, 24-1). Justinien lui reconnut néanmoins le caractère de donation entre-vifs. En effet, sur une question soulevée par le barreau d'Illyrie, l'empereur décide qu'elle peut résulter d'un simple pacte; il la subordonne de plus à l'insinuation dans les mêmes hypothèses que les libéralités *inter vivos*. A défaut d'insinuation, et pour ce qui excède le taux légal, elle ne vaut qu'en vertu d'une expresse disposition testamentaire, comme *donatio mortis causa*. Insinuée ou dispensée d'insinuation, elle rétroagit à partir du jour où le donateur, la confirme jusqu'au jour de l'insinuation ou de l'acte. Cette rétroactivité, clairement indiquée dans une Constitution de Justinien, vient à l'appui de la doctrine que la donation entre époux est toujours nulle en elle-même, et seulement confirmable, depuis le sénatusconsulte de Caracalla (L. 25, C., *De donat. int. vir. et ux.*, 5-16. — Nov. 162, ch. 1).

CHAPITRE XIII.

DE LA DOT ET DES DONATIONS *PROPTER NUPTIAS*.

(*Inst.*, L. II, t. VII, § 3; t. VIII, pr.)

On appelle *dot* les valeurs quelconques que la femme ou des tiers fournissent au mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage qui pèsent légalement sur sa tête. La dot devient la propriété du mari pendant le mariage; à ce titre elle s'oppose aux autres biens dont la femme reste propriétaire, et qu'on appelle tantôt *peculium*, tantôt παράφερνα (L. 9, § 3, D., *De jure dotium*, 23-3. — Conf., C. C., art. 1540) (1).

(1) La *conventio in manum mariti* est-elle incompatible avec l'existence d'une

§ I.

Constitution de la dot.

Dans le droit classique, la dot se constitue de trois manières principales : par *datio*, par *dictio*, par *promissio. Dos datur, aut dicitur, aut promittitur* (*Ulpien*, R., t. VI, § 1). 1° La *datio dotis* est tout transport de propriété effectué, sans obligation préalable, au profit du mari qui devient propriétaire ou qui usucape *pro dote* suivant que le constituant était ou non propriétaire. 2° La *dictio dotis* est une forme ancienne et toute spéciale du contrat verbal; elle n'est accessible qu'à trois classes de personnes : à la femme, au débiteur de la femme délégué par elle, au *paterfamilias* de la femme. 3° La *promissio dotis* est une des innombrables applications de la stipulation (1).

La *dictio dotis* tomba bientôt en désuétude, elle devint même complètement inutile lorsque les empereurs Théodose et Valentinien eurent décidé que la simple convention de constituer une dot serait désormais obligatoire et deviendrait un pacte légitime susceptible de produire une action (L. 6, C., *De dotis promiss.*, 5-11).

En laissant de côté la *dictio dotis* qui était soumise sur ce point à une règle spéciale, il faut savoir que toute personne peut constituer une dot : la femme elle-même *quæ nuptura est*, le père investi ou non de la puissance paternelle, enfin un tiers quelconque. Si la femme est *sui juris*, elle aura besoin de l'*auctoritas tutoris*, si elle est *alieni juris*, elle ne pourra employer ni la *dotis dictio* ni la *datio;* le seul procédé qui lui sera accessible sera peut-être la *promissio dotis* (*Gaius*, III, 104. — *Ulpien*, R., t. VI, § 2 ; t. XI, § 27. — F. V., § 99).

La constitution de dot peut précéder ou suivre le mariage. *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium*. Il résulte de là que l'augmentation en est également possible *durante matrimonio*, mais non la

dot et d'une action dotale? — Voir : Gide; Du caractère de la dot en droit romain (*Revue de législation ancienne et moderne*, année 1872, p. 121 et s.).

(1) Outre ces trois procédés ordinaires, la dot peut encore se constituer par *expensilatio*, par délégation ou par acceptilation faite *dotis causa* en supposant le mari débiteur du constituant (L. 10, D., *De condict. causa data*, 12-4).

diminution; car diminuer la dot serait la restituer en partie, et toute restitution de la dot suppose le mariage dissous (*Paul*, S., L. II, t. 21[b], § 1. — L. 1, C., *Si dos constante matr.*, 5-19. — *Contra*, C. C., art. 1543).

Quand la constitution de dot précède les *nuptiæ*, la dot n'existe qu'à partir du mariage; en d'autres termes, il n'y a pas lieu de lui appliquer jusqu'alors les règles spéciales de la dotalité. Si le mariage vient à manquer, on devra faire une distinction. Tantôt l'acte destiné à constituer la dot aura été soumis à la condition expresse ou tacite *si nuptiæ sequantur;* dans ce cas la condition suspensive se trouve défaillie, et le futur n'aura rien acquis. Tantôt l'acte aura été pur et simple et aura produit son effet normal; dans ce cas la condition résolutoire se trouve accomplie, et contre le futur investi d'un droit sans cause, le constituant sera armé non pas de l'action *rei uxoriæ* qui implique une dot, mais de la *condictio sine causa*. La condition suspensive est présumée dans la constitution de dot par voie d'obligation *promissio*, *dictio* et pacte; au contraire, la *datio*, et sans doute aussi l'*acceptilatio dotis causa*, sont réputées pures et simples (L. 3; L. 7, § 3; L. 8; L. 21; L. 43, D., *De jure dotium*, 23-3).

On distingue plusieurs espèces de dots : la dot profectice, la dot adventice et la dot receptice. La dot profectice (*dos profectitia*) est celle qui est constituée par le père ou un ascendant paternel à sa fille même émancipée (1). La dot adventice (*dos adventitia*) est celle qui émane de la femme ou d'un tiers. Quant à la dot receptice (*dos receptitia*), elle n'est rien autre que la dot adventice dont le retour a été stipulé (*Ulpien*, R., t. VI, *De dotibus*, §§ 2, 3, 5).

§ II.

Condition juridique des biens dotaux pendant le mariage.

La condition juridique des biens dotaux et la situation respective des époux à l'égard de la dot pendant le mariage se caractérisent par deux règles élémentaires.

(1) Dans la doctrine primitive et pure, la *dos profectitia* n'émanait que du *paterfamilias*.

1re *Règle.* — Le mari est propriétaire de la dot tant que dure le mariage ; il est *dominus dotis;* en conséquence, il peut poursuivre les détenteurs de la dot par des actions réelles et il est investi d'actions utiles contre les débiteurs de créances dotales (*Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, pr. — *Contra*, C. C., art. 1549) (1).

2e *Règle.* — La femme n'est que créancière de la dot; seulement sa créance est privilégiée, elle a été de tout temps entourée de garanties spéciales qui en assurent le recouvrement.

L'obligation de restituer, qui pèse sur le mari, constitue suivant les circonstances une dette de genre ou de corps certains. Elle constitue une dette de genre dans deux cas : 1° lorsque la dot consiste en argent ou se compose de choses *quæ primo usu consummuntur*, par exemple, de denrées; le mari n'est alors obligé, comme un emprunteur dans le *mutuum* ou comme un quasi-usufruitier, qu'à rendre une égale quantité d'objets de même nature et de même qualité; 2° lorsque les choses qui ont été apportées en dot, corps certains ou *genera*, ont été estimées; la règle générale est alors qu'estimation vaut vente, *æstimatio facit venditionem*, et l'on traite le mari comme un acheteur; il n'est donc redevable que du prix d'estimation (L. 10, § 4; L. 42, D., *De jure dotium*, 23-3. — Conf., C. C., art. 1551, 1552) (2).

Différences entre la dos æstimata et la dos non æstimata. — L'estimation produit plusieurs conséquences graves.

1° L'usucapion de la chose dotale s'opère, *pro dote*, en l'absence d'estimation, et *pro emptore*, quand il y a eu estimation. Or, on se souvient de la règle spécialement applicable à cette dernière *causa usucapiendi* (*supra*, p. 185).

2° L'estimation autorise le mari, lorsqu'il est évincé, à recourir en garantie contre le constituant par l'action *empti*, comme tout acheteur. En l'absence d'estimation, on distingue deux hypothèses.

(1) C'était autrefois une opinion très répandue, que la femme romaine reste propriétaire de la dot pendant le mariage, et que le mari n'en est que l'usufruitier. Cette doctrine repose sur un certain nombre de textes qui disent, en termes généraux, que la dot est à la femme, et sur une constitution de Justinien qui parle expressément d'une propriété naturelle de la femme. Mais ces expressions font simplement allusion au droit qui naît pour elle ou ses héritiers de la dissolution du mariage. Telle est l'opinion à peu près unanime des interprètes modernes (L. 30, C., *De jure dotium*, 5-12. — L. 75, *De jure dotium*, 23-3).

(2) L'estimation est un exemple intéressant des conventions ou clauses qui pouvaient accompagner la constitution de dot, et qu'on appelait *pacta dotalia*.

La dot a-t-elle été constituée par *dictio* ou *promissio*, le recours en garantie est possible, parce que l'éviction laisse subsister une obligation inaccomplie. La dot a-t-elle été constituée par *datio*, l'éviction démontre qu'en réalité rien n'a été acquis au mari; mais comme il n'y a ici ni contrat ni obligation, le recours en garantie lui est fermé. Il n'aurait que la ressource générale de l'action de dol, si la mauvaise foi du constituant lui occasionnait un dommage (L. 1, C., *De jure dotium*, 5-12. — F. V., § 105).

3° L'estimation investit le mari du droit à toutes les plus-values fortuites, à tous les produits ordinaires ou même extraordinaires de la chose, par exemple, aux hérédités ou legs que recueille l'esclave dotal. D'un autre côté, il supporte tous les risques de perte totale ou partielle.

Au contraire, en l'absence d'estimation, les choses dotales s'améliorent ou se dégradent pour la femme, et le mari ne répond que de son dol ou de sa faute appréciée *in concreto*. Il ne peut retenir que les fruits proprement dits, et le bénéfice en est limité à la période du mariage (L. 23, D., *De regulis juris*, 50-17. — *Paul*, S., L. II, t. XXII, § 1. — F. V., § 101).

Le mari, tout propriétaire qu'il est, n'a donc sur la dot non estimée qu'un droit fort analogue à l'usufruitier. Il diffère néanmoins de l'usufruitier à quelques points de vue : 1° les fruits lui sont acquis par la simple séparation, en sa qualité de propriétaire; 2° sa jouissance est proportionnelle à la durée des charges du mariage; autrement dit, il acquiert jour par jour, non-seulement les fruits civils, mais encore les fruits naturels; 3° les fruits ne s'entendent ici que déduction faite des frais (L. 7, pr., § 1, D., *Soluto matrimonio*, 24-3. — Conf., C. C., art. 1571).

4° Le mari jouit sur les biens estimés d'un droit de disposition plein et entier; il ne doit jamais compte de la manière dont il l'a exercé.

A l'égard des biens non estimés, la règle est pareille pour les meubles, mais fort différente pour les immeubles. Car on rencontre ici le célèbre principe de l'inaliénabilité du fonds dotal (L. 21, D., *De manumissionibus*, 40-1).

Inaliénabilité du fonds dotal. — Une loi *Julia, de fundo dotali*, rendue sous Auguste, défendait au mari d'aliéner, sans le consentement de la femme, l'immeuble constitué en dot. S'il fallait en croire Justinien, la même loi aurait contenu deux autres chefs, le

second pour défendre au mari d'hypothéquer même avec le consentement de la femme, le troisième pour déclarer ces prohibitions inapplicables aux provinces. Mais, d'après le témoignage de Gaius, l'application de cette loi aux fonds provinciaux faisait l'objet d'une controverse dans le droit de son temps ; la loi ne s'était donc pas expliquée sur ce point. Cette erreur incontestable de Justinien le rend suspect d'en commettre une autre. Car il n'est pas certain que l'hypothèque fût connue et pratiquée dans l'Italie à l'époque de la loi Julia ; en conséquence, on ne peut affirmer qu'elle l'ait interdite dans notre matière, d'ailleurs, les jurisconsultes classiques ne mentionnent jamais cette interdiction (*Gaius*, II, 63. — *Paul*, S., L. II, t. 21[b], § 2. — *Inst.*, L. II, t. VIII, *Quibus alienare licet*, pr.).

Si l'on admet que l'impossibilité d'hypothéquer le fonds dotal, même du gré de la femme, ne dérive pas de la loi Julia, il faut la rattacher, soit aux édits que rendirent Auguste et Claude à l'effet de proscrire toute obligation des femmes pour leurs maris, soit au sénatusconsulte Velléien qui leur défendit, mariées ou non, de faire une *intercessio* dans l'intérêt d'autrui. Ainsi comprise, la prohibition n'empêcherait pas la femme de consentir valablement à l'hypothèque constituée sur le fonds dotal en garantie de sa propre dette. Cette faculté serait impossible dans le système qui fait remonter la prohibition à la loi Julia ; ses partisans expliquent la défense par l'idée que la femme, antipathique à toute aliénation immédiate et proprement dite du fonds dotal, ne se rendait pas aussi bien compte des dangers plus lointains de l'hypothèque, et la consentirait trop facilement.

Il est d'ailleurs hors de doute que les trois propositions des Institutes expriment exactement la doctrine en vigueur au temps de Justinien.

L'inaliénabilité du fonds dotal dure autant que le danger dont elle est le remède, c'est-à-dire que la propriété du mari. Elle prend donc naissance au jour de la constitution de dot, et ne cesse qu'au jour de la restitution (L. 4 ; L. 12, pr., D., *De fundo dotali*, 23-5).

Elle ne proscrit pas seulement les aliénations directes ou totales, mais encore les aliénations indirectes par voie d'usucapion ou de *præscriptio longi temporis*, et les aliénations partielles au moyen d'une constitution ou d'une extinction de servitude (L. 5 ; L. 6 ; L. 16, D., *De fundo dotali*, 23-5).

Par exception, la loi Julia ne fait pas obstacle : 1° aux aliénations

per universitatem qui englobent, en même temps que le fonds dotal, le patrimoine tout entier du mari, à la suite de sa mort, de son adrogation, de sa chute en esclavage, de sa déportation; mais le fonds passe alors tel quel au successeur universel, avec sa qualité d'inaliénable; 2° aux aliénations forcées, comme le partage demandé, non par le mari, mais contre le mari par le copropriétaire du fonds dotal, etc. (L. 1, § 1; L. 2, D., *De fundo dotali*, 23-5. — L. 2, C., *De fundo dotali*, 5-23).

§ III.

Restitution de la dot.

En principe, la dot n'est pas restituable pendant le mariage, parce qu'elle doit en supporter les charges; le droit à la restitution ne peut régulièrement s'ouvrir pour la femme qu'après la rupture de l'union matrimoniale. Or le mariage se dissout principalement par la mort de l'un des conjoints ou par le divorce; mais chacun de ces événements n'a pas la même influence sur la restitution de la dot.

Règles générales. — La dot profectice se restitue à la femme quand le mariage se dissout par le divorce ou par le prédécès du mari; que si la femme meurt *in matrimonio*, la dot fait retour au père constituant, toutefois dans cette hypothèse le mari a le droit de retenir un cinquième de la *dos profectitia*, par enfant, *quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum*. Enfin, si le père est mort, le mari garde toute la dot (*Ulpien*, R., t. VI, § 4. — L. 5, §§ 11, 12, D., *De jure dotium*, 23-3).

La dot adventice n'est restituable sans rémission qu'après le prédécès du mari. Dans l'hypothèse du divorce, le mari se trouve dispensé de la restituer, si la femme vient à mourir sans l'avoir mis en demeure. Enfin, quand le mariage est dissous par le prédécès de la femme, le mari garde la dot, à moins que le constituant n'en ait expressément stipulé la restitution; dans cette circonstance spéciale, la dot s'appelle *receptitia*. Le même résultat, au moins dans le dernier état du droit classique, pouvait provenir d'un pacte ajouté à la constitution dotale (*pactum de reddenda dote*) (*Ulpien*, R., t. VI, §§ 5, 7. — L. 1, C., *De pactis conventis*, 5-14).

Ces décisions sont faciles à justifier. Quand la femme survit à la dissolution du mariage, l'intérêt public s'accorde avec son intérêt

personnel pour lui permettre de recouvrer sa dot. Car l'esprit de la législation impériale est de favoriser les secondes noces. De là le célèbre axiome : *Reipublicæ interest, mulieres salvas dotes habere, propter quas nubere possunt* (L. 2, D., *De jure dotium*, 23-3).

Le prédécès de la femme coupe court à ces considérations et laisse la dot au mari. Cependant, si c'est du père qu'elle émane, on ne suppose pas que le constituant ait voulu gratifier l'époux à ses dépens ; car, en dotant sa fille, il n'a fait qu'exécuter une obligation légale (1); c'est là le vrai motif de la restitution de la dot profectice. Au contraire, quand la dot est adventice, le constituant n'a pas agi sous le poids d'une dette, mais dans une intention de libéralité ; on présume donc de sa part une dispense de restitution, s'il ne renverse cette présomption en stipulant que la dot sera *receptitia* (L. 19, D., *De ritu nuptiarum*, 23-2 ; L. 6, D., *De jure dotium*, 23-3).

Exceptions. — Il y a des cas exceptionnels où la dot est restituable durant le mariage :

1° La femme peut l'exiger, lorsque le mari devient insolvable (*vergit ad inopiam*); il est probable qu'à l'égard de la *dos receptitia*, elle n'exerce qu'une réclamation *utilis* et provisoire (L. 24, pr., D., *Soluto matrimonio*, 24-3. — Conf., C. C., art. 1563).

2° Le mari est maître de faire une restitution anticipée dans certains cas particuliers et notamment pour payer les dettes de sa femme, *ut æs alienum solvat*, pour lui procurer le moyen d'acheter un fonds productif, *ut fundum idoneum emat*, pour pourvoir à son entretien et à celui de sa famille, *ut se suosque alat*, pour racheter elle ou les siens de captivité, *ut ex hostibus redimeret*, etc. (L. 73, § 1, D., *De jure dotium*, 23-3 ; L. 20, D., *Soluto matrimonio*, 24-3. — Conf., C. C., 1558).

§ IV.

Actions ouvertes pour la restitution de la dot.

Lorsqu'après le mariage la femme a un droit acquis à la restitution de la dot, diverses actions lui sont ouvertes tant contre les tiers que contre son mari ou ses héritiers.

Contre les tiers. — Dès que le mariage est dissous, l'aliénation

(1) Cette obligation légale n'existe pas chez nous (C. C., art. 204).

de l'immeuble dotal, faite par le mari seul, est frappée de nullité. Pendant la durée du mariage, on pouvait se demander si le mari avait la faculté de revendiquer cet immeuble; c'est là une question non résolue par les textes, et qu'il convient de trancher négativement; car la nullité de l'aliénation reste subordonnée à l'intérêt de la femme, et cet intérêt ne devient certain que par le divorce ou le prédécès du mari. Mais, une fois le mariage dissous de l'une de ces deux façons, le mari ou son héritier se trouve investi de la revendication en sa qualité de propriétaire. C'est pourtant la femme qui en doit profiter; aussi est-elle maîtresse d'en exiger la cession, et sans doute même de la tenir pour sous-entendue et d'intenter une revendication utile (L. 42, D., *De usurp. et usuc.*, 41-3. — L. 30, C., *De jure dotium*, 5-12. — Conf., C. C., art. 1560).

Contre le mari. — En écartant l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob rem dati* qui résultent de la *dos receptitia*, lorsqu'un pacte de restitution a été adjoint à la constitution de dot, deux actions principales sont accordées pour la réclamation de la dot : l'action *rei uxoriæ*, l'action *ex stipulatu*.

L'action *rei uxoriæ* est une action générale, indépendante de toute promesse de restituer, et qui tend à la reprise de la dot constituée d'une manière quelconque; l'action *ex stipulatu* est une action contractuelle, plus avantageuse que la précédente, et qu'exerce la femme ou le constituant qui a stipulé formellement du mari la restitution de la dot.

Règles communes aux deux actions rei uxoriæ et ex stipulatu. — 1° En principe, le mari seul est passible de l'action *rei uxoriæ* ou de l'action *ex stipulatu*, qu'il ait touché la dot lui-même ou par un tiers. Si le mari est un fils de famille, c'est contre son père que la poursuite a lieu; mais on la restreint *de peculio* ou *de in rem verso*, dans l'hypothèse où le mari a touché la dot sans l'ordre de son père (L. 22, § 12, D., *Soluto matrimonio*, 24-3).

2° La femme *sui juris*, le fût-elle devenue depuis la constitution de dot, est admise à réclamer sa dot, soit par l'action *rei uxoriæ*, soit par l'action *ex stipulatu*, quand elle a pris part en personne à la stipulation. La femme *filiafamilias* elle-même jouit d'une faveur intéressante : bien que l'action en restitution appartienne à son père, il ne peut l'exercer ni toucher les valeurs dotales qu'avec le concours de sa fille, *adjecta filiæ persona*. C'est une dérogation remarquable aux règles de la puissance paternelle;

on l'explique par cette idée que la femme est ici la principale intéressée; car la restitution de la dot a pour utilité capitale, dans les idées romaines, de lui faciliter un nouveau mariage (*Ulpien*, R., t. VI, § 6).

Différences entre les deux actions. — Les différences sont nombreuses entre l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu.*

1° La première est de bonne foi, la seconde est de droit strict. Il faut donc leur appliquer les diverses règles que nous aurons à signaler sur la distinction des *judicia bonæ fidei* et des *judicia stricti juris.* On remarque même que la formule de l'action *rei uxoriæ* est la seule qui porte les mots *æquius melius*, au lieu des mots *ex fide bona;* le juge y devait donner satisfaction à l'équité plus scrupuleusement encore que dans les autres actions de bonne foi (L. 6, § 2, D., *De jure dotium*, 23-3).

2° L'action *ex stipulatu* passe toujours aux héritiers de la femme qui a stipulé la restitution. Au contraire, ils ne succèdent pas à l'action *rei uxoriæ*, quand la femme prédécède *in matrimonio*, ou meurt après la dissolution du mariage sans avoir mis en demeure le mari divorcé ou les héritiers du mari. Il paraît d'ailleurs que toute personne était libre de faire cette mise en demeure, au nom de la femme (*Ulpien*, R., t. VI, § 7. — F. V., § 112).

3° Si le mari prédécédé laissait une disposition de dernière volonté au profit de sa femme, la veuve ne pouvait pas en cumuler le bénéfice avec l'exercice de l'action *rei uxoriæ;* ainsi le voulait un édit prétorien nommé *de alterutro*. Cette option forcée ne s'appliquait pas à l'action *ex stipulatu* (L. 1, § 3, C., *De rei uxoriæ act.*, 5-13).

4° Poursuivi par l'action *ex stipulatu*, le mari doit restituer la dot quelconque immédiatement après le mariage. Poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, il jouit, pour restituer la dot portant sur des choses fongibles, d'un délai de trois années, dont chacune amène l'échéance d'un tiers, *annua*, *bima*, *trima die* (*Ulpien*, R., t. VI, § 8).

5° Le mari est tenu de rendre toute la dot sur l'action *ex stipulatu*. Au contraire, sur l'action *rei uxoriæ*, il est libre de retenir, pour diverses causes, certaines portions de la dot. Ce sont les *retentiones propter liberos*, *propter mores*, *propter impensas*, *propter res donatas et propter res amotas*. Au sujet des *retentiones propter impensas*, on peut noter que les impenses nécessaires dimi-

nuaient *ipso jure* les valeurs pécuniaires de la dot, et faisaient naître, comme les impenses utiles qu'avait acceptées la femme, un droit de rétention sur les autres objets dotaux (L. 5; L. 8; L. 9, D., *De impensis in res dot.*, 25-1. — *Ulpien*, R., t. VI, §§ 9-17) (1).

6° L'action *rei uxoriæ* laisse au mari le bénéfice de compétence, c'est-à-dire le droit de n'être condamné que dans la mesure de ses ressources, *in quantum facere potest;* sur l'action *ex stipulatu* au contraire, il doit être condamné *in solidum* (*Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 38).

Innovations de Justinien. — L'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu* sont fondues ensemble par Justinien qui supprime la première et ne maintient que la seconde. Quels que soient le mode de dissolution du mariage et l'origine de la dot, la femme et ses héritiers peuvent toujours la redemander par une action *ex stipulatu*. En d'autres termes, la promesse de restitution est dorénavant sous-entendue entre les époux (L. 1, C., *De rei uxoriæ act.*, 5-13) (2).

L'empereur, tout en conservant à l'action *ex stipulata* la plupart de ses effets énergiques, lui transporte certains caractères de l'action *rei uxoriæ;* c'est ce qui explique, sans la justifier, la place que le texte incorrect des Institutes lui attribue parmi les *judicia bonæ fidei*. Ainsi la caution *de dolo* est désormais virtuelle comme la promesse elle-même. Le mari garde le droit au bénéfice de compétence. Pour faire la restitution, il jouit d'un délai moins raisonnable que le délai classique de l'action *rei uxoriæ;* car, au lieu de distinguer entre la dot de corps certains et la dot de quantité, Justinien veut que les immeubles soient restituables immédiatement, et les meubles après l'année. A tout autre point de vue, on applique les principes de l'ancienne action *ex stipulatu* (L. 19, C., *De rei uxoriæ act.*, 5-13. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 29. — Conf., C. C., art. 1564, 1565).

Non content de sous-entendre au profit de la femme une promesse de restituer la dot, Justinien sous-entend de même, au profit du mari, une promesse de la payer. Pour assurer le paiement au mari, et la restitution à la femme, il les investit l'un et l'autre d'une

(1) Voir, pour le détail de ces diverses *retentiones ex dote*, *Ulpien*, R., t. VI, *De dotibus*, §§ 9, 10, 12, 13, 14.

(2) Cette faveur ne s'étend pas au constituant autre que la femme; il continue à n'avoir l'action *ex stipulatu* ou *præscriptis verbis* qu'en vertu d'une stipulation expresse ou d'un pacte formel.

hypothèque légale. Cette décision est de l'année 530; cette hypothèque remplaça le *privilegium dotis* que le droit classique accordait à la femme pour lui permettre de primer les créanciers chirographaires de son mari (L. 1, C., *De rei uxoriæ act.*, 5-13. — Conf., C. C., art. 2121, 2135).

L'année suivante, Justinien se laissa extorquer par des intrigues de palais une disposition moins heureuse que les précédentes. Il décida que l'hypothèque légale de la femme serait privilégiée; autrement dit, la femme fut admise à se payer de sa dot sur les biens du mari avant tous autres créanciers, même investis d'hypothèques antérieures au mariage. Cette exorbitante prérogative ne s'attache qu'à la réclamation intentée par la femme elle-même ou par les enfants du premier lit, au cas de nouveau mariage de leur père (Célèbre loi *Assiduis*, L. 12, C., *Qui potiores in pignore*, 8-18. — *Contra*, C. C., art. 1572).

L'hypothèque de la femme ne fait pas d'ailleurs double emploi avec le droit que Justinien lui avait déjà reconnu, dès l'année 529, de revendiquer après le mariage les choses apportées en dot, sans distinction entre les meubles et les immeubles, entre les biens estimés et les biens non estimés. Car cette revendication ne s'exerce qu'à l'égard des objets dotaux qui se trouvent encore dans le patrimoine du mari; elle a pour but, non d'évincer des tiers acquéreurs, mais d'épargner à la femme le concours des créanciers de son conjoint sur les valeurs dotales qui restent aux mains de ce dernier. L'action hypothécaire est donc utile à la femme pour atteindre ce que le mari a valablement aliéné (L. 30, C., *De jure dotium*, 5-12).

§ V.

Donation propter nuptias.

La donation *propter nuptias* est une donation particulière qui a été organisée en l'année 449 de notre ère par l'empereur Théodose pour servir de pendant à la dot; aussi l'appelle-t-on contre-dot (L. 20, C., *De donat. ante nuptias*, 5-3).

1° Cette espèce de donation est constituée à la femme, quelquefois par un tiers, le plus souvent par le mari lui-même. Comme la dot, elle est subordonnée à la réalisation du mariage. Mais à la dif-

férence de la dot, on ne put d'abord la créer ni l'augmenter après la célébration du mariage, aussi l'appelait-on donation *ante nuptias*. Justin permit de l'augmenter, Justinien de la créer pendant le mariage, et ce dernier empereur lui donna dès lors le nom qu'elle a gardé (*Inst.*, L. II, t. VII, *De donat.*, § 3).

2° La donation *propter nuptias* demeure au pouvoir du mari pendant toute la durée du mariage. Après la dissolution, la femme y a droit, dans les mêmes circonstances qui autoriseraient le mari lui-même à retenir la dot. L'insolvabilité du mari donne exceptionnellement à la femme la faculté d'exiger la délivrance immédiate de la donation, comme la restitution anticipée de la dot (L. 29, C., *De jure dotium*, 5-12; L. 8, § 2, C., *De repudiis*, 5-17).

3° La donation *propter nuptias* et la dot sont également déclarées par Justinien inaliénables entre les mains de la femme jusqu'à la dissolution du mariage, lorsqu'elle a pu les réclamer *durante matrimonio* (L. 19, C., *De donat. ante nupt.*, 5-3).

4° La donation *propter nuptias* suppose essentiellement l'existence d'une dot; ce n'est là qu'une conséquence des principes déjà indiqués (L. 20, C., *De donat. ante nuptias*, 5-3).

MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM*.

SUCCESSIONS.

(*Inst.*, L. II, t. X-XXV; L. III, t. I-XII).

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES SUCCESSIONS.

Les modes d'acquérir *per universitatem* sont ceux qui s'appliquent à un patrimoine ou à une fraction de patrimoine. Certains d'entre eux portent sur les biens d'une personne vivante, comme l'*adrogatio*, la *conventio in manum*, le sénatusconsulte Claudien, etc. D'autres s'appliquent aux biens d'une personne morte, comme les successions. Il en est enfin qui s'appliquent tantôt aux biens d'un vivant, tantôt aux biens d'un défunt, comme la confiscation générale et la *bonorum venditio*.

La théorie des successions domine de haut tous les autres modes d'acquérir à titre universel, et c'est elle surtout qu'il faut approfondir.

Du patrimoine et de l'hérédité en général. — On entend par patrimoine (en latin *familia*) l'ensemble des droits actifs et passifs d'une personne. Quand le patrimoine est laissé par un défunt, on l'appelle spécialement hérédité (*hereditas*). L'hérédité comprend trois éléments : 1° les biens, c'est-à-dire tout l'actif corporel ou incorporel; 2° les dettes, c'est-à-dire les obligations du défunt, augmentées de celles qu'occasionne la transmission héréditaire ou qu'il a lui-même imposées à ses héritiers; 3° dans l'ancienne législation romaine, les *sacra privata*, c'est-à-dire la charge de continuer le culte domestique du défunt : mais ce troisième élément n'existait plus en fait à l'époque classique, et disparut en droit sous les empereurs chrétiens.

La personne qui recueille l'hérédité se nomme héritier, *heres*, d'un nom voisin de *herus* et qui suppose également l'idée de propriété. Dans la mesure de l'hérédité, c'est-à-dire pour l'actif et le passif du patrimoine, en laissant de côté les droits de famille, sociaux et politiques, qui sont de leur nature intransmissibles, l'héritier continue la personne juridique du défunt et le représente *in universum jus* (L. 24, D., *De verb. sign.*, 50-16; L. 59; L. 62, D., *De regulis juris*, 50-17).

La *succession*, dans le sens technique du mot, n'est donc que la transmission de l'hérédité. Or l'hérédité se transmet, soit au profit des personnes désignées par le défunt, soit au profit des personnes désignées par la loi. On distingue par conséquent deux ordres de successions : la succession testamentaire, *a testato*, lorsque la vocation résulte de la volonté du *de cujus*, la succession légitime, *ab intestato*, lorsque la vocation dérive d'une disposition législative (Conf., C. C., art. 818-892; 967-1047) (1).

Prépondérance de la succession testamentaire. — Un principe important à retenir, c'est la prépondérance marquée de la succession testamentaire sur la succession légitime dans le droit des Romains. L'influence en fut grande et profonde dans leur législation successorale, et l'on en retrouve la trace à chaque pas. L'expliquer paraît impossible. Cette répugnance à mourir sans testament est un trait de mœurs nationales : on le constate, mais en rendre compte scientifiquement est aussi malaisé que de pénétrer la raison du caractère ou des instincts naturels d'un individu. Il faut néanmoins remarquer, en fait, que le testament avait sur la succession légitime le précieux avantage de favoriser l'expression de volontés particulières, telles que legs, affranchissements d'esclaves, nominations de tuteurs, dispositions relatives aux funérailles, etc. De plus, le père de famille qui laissait un testament, était à peu près certain que son culte privé n'irait pas s'égarer en des mains indifférentes ou indignes, car l'héritier testamentaire ne pouvait pas, à la différence de l'héritier légitime, céder l'hérédité à un tiers avant d'avoir fait adition. Ces diverses considérations pratiques ne durent pas être entièrement étrangères à la préférence des Romains (*Gaius*, II, 35, 36).

(1) Les successions se subdivisent encore en successions civiles ou prétoriennes, suivant que la transmission est réglée par le *jus civile*, ou par l'*Edictum prætoris;* l'hérédité prétorienne prend spécialement le nom de *bonorum possessio*.

De ce principe résultent deux corollaires importants :

1° La succession légitime, essentiellement subsidiaire à la succession testamentaire, ne s'ouvre jamais qu'à défaut de testament (L. 39, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

2° Il n'y a pas de concours possible entre les deux successions; c'est la maxime si connue : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5).

Cette seconde règle reçoit une double application.

D'abord elle proscrit le concours *successif* des deux ordres d'héritiers, ce qui veut dire que personne ne saurait avoir l'un après l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime, ou *vice versa;* par conséquent, sont exclus de l'institution héréditaire, le terme suspensif et toutes les modalités résolutoires.

Elle proscrit ensuite le concours *simultané* des deux classes de successeurs, c'est-à-dire que nul ne saurait avoir l'un avec l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime ; par conséquent il faut exclure de l'institution héréditaire toute désignation d'une quote-part, *ex certa parte*, ou d'un objet déterminé, *ex certa re,* limitative de la vocation de l'institué; le testament doit donc nécessairement porter sur toute l'hérédité.

La première de ces deux explications n'a rien que de logique; puisque les éléments constitutifs de l'hérédité, c'est-à-dire les droits réels, les droits de créance actifs ou passifs, et dans l'ancien temps les *sacra*, sont perpétuels de leur nature, il est clair que l'hérédité doit offrir le même caractère. En d'autres termes, une fois posée sur une tête, elle ne s'en peut détacher au point de vue juridique, et la qualité d'héritier est indélébile; *semel heres, semper heres.* Mais il n'apparaît aucun motif sérieux de prohiber le partage d'une hérédité entre des héritiers légitimes et des héritiers testamentaires; car on ne l'a jamais interdit entre cohéritiers tous testamentaires, ou tous *ab intestat,* preuve que l'hérédité n'est pas indivisible.

La succession testamentaire prime donc à Rome la succession légitime, aussi réclame-t-elle de plus longues explications.

CHAPITRE II.

DÉFINITION ET CONDITIONS EXTRINSÈQUES DU TESTAMENT.

(*Inst.*, L. II, t. X.)

On trouve, dans les textes du droit romain qui nous sont parvenus, deux définitions du testament; l'une d'Ulpien : *testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat*; l'autre de Modestin : *testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (*Ulpien*, R., t. XX, § 1. — L. 1, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1. — *Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, pr.).

Deux idées principales ressortent de ces définitions. D'abord, la déclaration de volonté du testateur doit être *justa*, *solemniter facta*, c'est-à-dire faite suivant les formes prescrites par la loi. Ensuite, les dispositions testamentaires ne doivent jamais s'exécuter qu'après la mort du testateur. Mais, ces définitions sont incomplètes, car aux deux caractères qu'elles expriment, il faut en ajouter deux autres : le testament romain doit, en outre, contenir une institution d'héritier; il doit enfin s'appliquer à l'hérédité tout entière.

Le testament romain peut donc se définir : un acte solennel contenant institution d'héritier, portant sur tout le patrimoine et destiné à ne produire son effet qu'après la mort de son auteur (Conf., C. C., art. 895) (1).

Cette définition met en relief les quatre éléments essentiels du testament que les détails ultérieurs feront mieux ressortir.

Puisque le testament est un acte solennel, il faut indiquer avant tout les formes qui lui sont imposées.

(1) En rapprochant cette définition de celle que nous donne l'art. 895 du Code civil, on voit que le testament français ressemble au testament romain par deux points et qu'il en diffère aussi par deux côtés. Comme lui, en effet, il est solennel et révocable jusqu'au décès; mais à l'inverse, il n'est pas nécessaire qu'il contienne une institution d'héritier ni qu'il porte sur toute l'hérédité.

§ I.

Formes proprement dites du testament.

Les formes du testament ont varié avec les époques; on peut à cet égard distinguer trois phases ou périodes, et chacune de ces périodes comprend elle-même plusieurs espèces de testament.

Droit ancien. — Cette période renferme trois testaments : 1° le testament *calatis comitiis;* 2° le testament *in procinctu;* 3° le testament *per æs et libram*, dans sa première forme.

1° *Calatis comitiis.* — A l'origine, le testament impliquait l'intervention du pouvoir législatif; les comices par curies, en présence des pontifes, étaient appelés à consacrer la volonté du testateur. Leur mission dut être probablement, à l'origine, d'en approuver ou d'en rejeter les dispositions. Mais ils n'intervinrent plus qu'à titre de témoins et pour la solennité de l'acte, lorsque la loi des Douze-Tables eut posé le célèbre principe de la souveraineté du père de famille en matière testamentaire, *uti legassit rei suæ ita jus esto.* Ils étaient convoqués à cet effet deux fois par an, *calare comitia* (*Gaius*, II, 101. — *Inst.*, L. II, t. X, *De testam. ordin.*, § 1).

2° *In procinctu.* — On testait *in procinctu* par une déclaration faite à haute voix, devant l'armée, avant d'aller au combat; on appelle en effet *procinctus* la troupe équipée et prête à marcher. Ce procédé fut imaginé sans doute dans la seconde période du testament *calatis comitiis;* car l'armée ne pouvait remplacer les comices que dans un rôle passif de témoin (*Gaius*, II, 101. — *Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 1).

Ces deux modes de tester avaient le grave inconvénient de ne pas être accessibles à tous, et de n'être possibles qu'en des circonstances particulières et à des époques déterminées. On y substitua le testament *per æs et libram* qui n'exigea plus l'intervention réelle du peuple ou de l'armée.

3° *Première forme du testament per æs et libram.* — Ce testament n'est au fond que la mancipation appliquée par le père de famille à son hérédité. Avec le ministère d'un *libripens* ou porte-balances, et devant cinq témoins qui représentent les cinq classes de citoyens le testateur mancipe son patrimoine, *familia*, à l'institué; ce dernier est un acquéreur, sous le nom de *familiæ emptor*, et des

pactes adjoints lui imposent les legs ou les autres dispositions accessoires. Bref, on retrouve ici la cérémonie ordinaire de la mancipation, appliquée à la transmission du patrimoine, comme elle s'appliquait quotidiennement au transfert des droits réels, et même, dans ces temps primitifs, à la création ou à l'extinction des droits de créance (*Gaius*, II, 102. — *Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 1, *in fine*).

Les testaments *calatis comitiis* ou *in procinctu* étaient donc des actes publics, au contraire du testament *per æs et libram*, acte véritablement privé, plus commode et sans doute plus fréquent. Mais ils offraient tous le double danger de n'être ni secrets ni révocables à volonté ; car il fallait probablement une loi pour détruire les deux premiers, et certainement, pour effacer le troisième, une remancipation faite par le *familiæ emptor*, au testateur.

Droit classique. — Cette seconde période va probablement de la fin de la république au règne de Théodose le jeune ; on y rencontre également trois espèces de testament : 1° le testament *per æs et libram* modifié ; 2° le testament *nuncupatif* ; 3° le testament *prétorien*.

1° *Seconde forme du testament per æs et libram.* — Le testament *per æs et libram*, tel qu'il existait à l'origine, fut gravement modifié. Il comporte désormais un écrit où les dispositions du testateur sont rédigées, soit de sa main, soit par un tiers autre que l'institué. Ces *tabulæ testamenti*, sans valeur propre, reçoivent leur force juridique d'une mancipation où le rôle de *familiæ emptor* n'appartient plus à l'héritier, et d'une *nuncupatio* qui constitue la partie essentielle de l'opération ; c'est une formule solennelle par laquelle le testateur déclare, en présence du *familiæ emptor*, du *libripens* et des cinq témoins, que ces dernières volontés sont contenues dans l'écrit qu'il tient à la main. Lui seul les connaît donc et reste par conséquent maître, en gardant cet écrit, de les cacher ou de les anéantir (*Gaius*, II, 103, 104. — *Ulpien*, R., t. XX, § 9).

2° *Testament nuncupatif.* — La mancipation n'était plus, dans ce nouveau système, qu'une cérémonie superflue, étrangère à l'essence de l'acte et fondée sur une servile routine. Le droit civil en vint facilement à consacrer un autre testament qu'on appelle nuncupatif, et qui se fait par une déclaration orale en présence de sept témoins (L. 21, pr., D., *Qui test. facere poss.*, 28-1. — L. 2, C., *De bon. poss. sec. tabul.*, 6-11).

3° *Testament prétorien.* — Le préteur admit de son côté comme valable le testament écrit et présenté à sept témoins, qui apposaient leur cachet sur l'acte, et le signaient de leur nom à l'extérieur, *signatio* et *adscriptio.* Du reste, ce procédé ne créait pas un *heres* ou véritable héritier civil, mais un *bonorum possessor secundum tabulas ;* on comprendra plus loin les différences qui les séparent (*Gaius*, II, 119. — *Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 2).

Le droit prétorien était arrivé à cette simplification en reconnaissant le vrai caractère du *familiæ emptor* et du *libripens* dans l'inutile mancipation de cette deuxième période. Ils n'étaient plus que des témoins sous des noms techniques, et s'ajoutèrent désormais aux cinq autres en cette seule qualité.

Droit du Bas-Empire. — Le testament nuncupatif fut toujours maintenu. Mais en outre, depuis une constitution de Théodose le jeune, de l'année 439, on pratique un testament écrit, qui s'appelle *tripertitum,* parce qu'il emprunte ses règles à trois sources différentes.

Testamentum tripertitum. — Par application des règles du droit civil, ce testament doit être fait *uno contextu*, c'est-à-dire d'un seul trait, et devant des témoins spécialement convoqués à cet effet, *testes rogati.* En conformité du droit prétorien, il requiert le nombre de sept témoins, leur cachet et signature à l'extérieur de l'acte, *signatio* et *adscriptio.* Enfin, et c'est ici la formalité nouvelle requise par le droit impérial, le testament nécessite, à l'intérieur, la signature du testateur et de chaque témoin, *subscriptio* (*Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, §§ 3, 14. — L. 21, § 2, D., *Qui test. facere poss.*, 28-2. — L. 21, C., *De testamentis*, 6-23) (1).

A toutes ces formalités, Justinien en ajouta une nouvelle : il voulut que le nom de l'héritier fût écrit de la main du testateur ou d'un témoin. Mais cette exigence, qui rendait ainsi le testament public, fut supprimée par Justinien lui-même dans une Novelle postérieure (*Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 4. — L. 29, C., *De testamentis*, 6-23. — Nov. 119, ch. 9).

La loi romaine, dans ces trois phases, présente donc sept formes de testament, *calatis comitiis*, *in procinctu per æs et libram* sous deux aspects divers, *prétorien*, *nuncupatif*, *tripartite* (2).

(1) Si le testateur ne sait pas ou ne peut pas signer, on appellera un huitième témoin (L. 21, C., *De testamentis*, 6-23).

(2) Le Code civil ne connaît que trois testaments ordinaires : le testament olographe, le testament public et le testament mystique (C. C., art. 969).

Il reste à faire observer avec les Institutes que, d'une part, le testament pouvait être écrit sur toute espèce de matière, tablettes, parchemin ou papier, et que, d'autre part, le testateur avait le droit de rédiger son testament en plusieurs exemplaires, pourvu que chaque exemplaire satisfît aux formalités légales (*Inst.*, L. II, t. X, *De test. ordin.*, §§ 12, 13).

§ II.

Témoins testamentaires.

Nous avons vu que les déclarations testamentaires devaient toujours se faire en présence d'un certain nombre de témoins. Le nombre exigé était de cinq pour les testaments *per æs et libram*, sans compter le *libripens;* il fut porté à sept pour le testament nuncupatif, prétorien et tripartite; exceptionnellement, huit témoins étaient nécessaires quand le testateur ne savait ou ne pouvait signer (1).

En thèse générale, peuvent être témoins d'un testament ceux qui pourraient y jouer le rôle d'héritier (*infra*, p. 289).

Incapacité absolue. — Conformément à cette règle, sont absolument incapables de figurer en qualité de témoin dans aucun testament : 1° le pérégrin, s'il n'a obtenu le *jus commercii;* 2° l'esclave sans maître, ou dont le maître n'a pas la *factio testamenti* avec le testateur. Par exception à la règle, cette même incapacité absolue pèse sur : 1° les femmes; 2° les impubères; 3° les prodigues interdits; 4° les fous, les muets ou les sourds; 5° les esclaves d'un maître capable; 6° les *intestabiles*, c'est-à-dire ceux qui ont encouru certaines condamnations, notamment pour adultère, concussion ou diffamation.

Le testateur n'est donc maître, en définitive, de choisir des témoins que parmi les citoyens romains, mâles, pubères et investis du plein exercice de tous leurs droits (*Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 6).

(1) Quelquefois cependant, on se contentait d'un nombre moindre; ainsi Justinien décide que pour les testaments faits à la campagne, il suffira de réunir cinq témoins. L'empereur Léon permit même de se contenter dans ce cas de trois témoins (L. 31, C., *De testamentis*, 6-23. — *Nov.*, Léon, 43. — Conf., C. C., art. 974).

Incapacité relative. — Sont atteints d'une incapacité relative, c'est-à-dire restreinte à telles hypothèses données : 1° le fils *in potestate testatoris;* 2° les personnes rattachées par un lien de puissance au *familiæ emptor*, en d'autres termes, son père, son fils, son frère; cette décision n'eut plus d'autre raison d'être que l'habitude, du jour où le *familiæ emptor*, distinct du véritable héritier, perdit tout intérêt au testament; 3° l'institué et ceux qui lui sont unis par la puissance paternelle; Justinien rend obligatoire sur ce point la doctrine proposée dans les écrits des jurisconsultes et probablement suivie dans la pratique (*Gaius*, II, 105, 106, 108. — *Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, §§ 9, 10. — L. 20, D., *Qui test. facere possunt*, 28-1) (1).

Règles générales. — Les témoins peuvent d'ailleurs se trouver reliés entre eux par la *patria potestas*, comme un père et son fils ou deux frères. Rien n'empêche non plus qu'ils aient la qualité de légataires ou de fidéicommissaires ou qu'ils soient parents des personnes gratifiées dans le testament (*Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, §§ 8, 11. — *Contra*, C. C., art. 975).

Les témoins devaient être capables au moment même de la confection du testament, et devenaient impunément incapables par la suite. L'incapacité d'un témoin était une cause de nullité, à moins que tout le monde ne l'ignorât actuellement; c'est l'adage *error communis facit jus* (Loi *Barbarius Philippus*. — L. 3, D., *De off. prætorum*, 1-14; L. 22, § 1, D., *Qui test. fac. posses.*, 28-1. — *Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 7).

A l'époque classique, la même capacité était requise tant du *libripens* ou du *familiæ emptor* que des témoins (*Gaius*, II, 107. — *Ulpien*, R., t. XX, §§ 3, 7, 8).

Enfin les témoins pouvaient se servir du même cachet pour sceller le testament; *à fortiori*, pouvaient-ils employer des anneaux ayant la même empreinte (*Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 5).

(1) Un père pouvait-il servir de témoin à son fils dans le cas où celui-ci testait *de peculio castrensi?* Gaius et Justinien disent que non (*Gaius*, II, 106. — *Inst.*, L. II, t. X, *De test. ord.*, § 9). Ulpien admettait au contraire le témoignage du *pater* (L. 20, § 2, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

§ III.

Institution d'héritier.

L'institution d'héritier, *institutio heredis*, est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers. Toutes les autres dispositions introduites dans le testament, c'est-à-dire les legs, les affranchissements, les nominations de tuteurs, ne sont qu'accessoires et facultatives; mais l'institution est absolument essentielle. Sans institution, pas de testament; *institutio heredis est caput et fundamentum totius testamenti.* En effet, les autres parties du testament se bornent à modifier la situation de l'héritier, mais c'est l'institution qui le crée (*Gaius*, II, 229. — Conf., C. C., art. 967, 1002).

Formules de l'institution. — Aussi l'ancien droit, conforme à la rigueur des premiers temps où le testament constituait une loi véritable, exigeait-il pour l'institution une formule impérative et sacramentelle, écrite en quelque sorte en style législatif. On ne put pendant longtemps en effet désigner son héritier qu'en ces termes : *Titius heres esto.* Il fut ensuite permis d'employer les expressions suivantes : *Titium heredem esse jubeo*, *Titius heres sit*; on rejetait au contraire, comme insuffisantes, les formules : *Titium heredem instituo* ou *facio* (*Gaius*, II, 117. — *Ulpien*, R., t. XXI).

Mais les jurisconsultes classiques, ennemis des règles arbitraires, tinrent pour suffisantes les locutions qui pourraient être considérées comme une abriévation de la formule sacramentelle : *Titius heres esto.* Enfin, vers l'année 339 de notre ère, les fils de Constantin autorisèrent le testateur à déclarer sa volonté en termes quelconques (L. 1, §§ 5, 6, 7, D., *De hered. instit.*, 28-5. — L. 15, C., *De test.*, 6-23).

Place de l'institution. — Jusqu'à Justinien, l'institution dut précéder dans le testament toutes les dispositions qui contenaient une *delibatio hereditatis*, c'est-à-dire une charge pour l'institué; étaient nulles celles qui la précédaient (L. 1, pr., D., *De hered. instit.*, 28-5. — *Gaius*, II, 229 et s.).

On soumettait notamment à cette règle les affranchissements et les legs, mais on n'y soumettait ni l'exhérédation ni la *datio tutoris.* Justinien se contenta de l'existence d'une institution d'héritier,

sans lui assigner une place immuable ; désormais la validité d'une disposition testamentaire ne dépend plus de la place qu'elle occupe dans un testament (*Inst.*, L. I, t. XIV, *Qui test. tut.*, § 3; L. II, t. XX, *De legatis*, § 34. — *Gaius*, II, 186, 231. — L. 24, C., *De testam.*, 6-23).

§ IV.

Modalités de l'institution d'héritier.

L'institution d'héritier est le plus souvent pure et simple; elle peut aussi recevoir certaines modalités. Mais, elle ne supporte aucune modalité résolutoire, *dies ad quem* ni *conditio ad quam ;* on tiendrait pour inexistante et non écrite toute modalité de ce genre que le testateur y aurait apposée. Ce n'est là qu'une application de la règle déjà signalée que le titre d'héritier, une fois acquis, reste ineffaçable : *semel heres*, *semper heres* (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 9. — *supra*, p. 272).

Terme certain suspensif. — D'ailleurs, parmi les modalités suspensives, la même règle amenait à considérer comme non avenu le *dies certus a quo.* En effet, si l'on admettait une institution *ex die*, il faudrait jusqu'à l'échéance du terme attribuer les biens à l'héritier légitime, puis, le terme échu, les faire passer à l'héritier testamentaire ; ce résultat serait contraire à l'axiome *nemo partim testatus*, *partim intestatus decedere potest.* De même qu'en présence du terme et de la condition résolutoire, on a bien dû se prononcer dans ce cas entre la nullité de l'institution et la suppression de la modalité; les Romains, toujours empressés à conserver la succession testamentaire, ne pouvaient hésiter à prendre ce dernier parti (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. instit.*, § 9).

Condition et terme incertain suspensifs. — L'institution d'héritier pouvait au contraire comporter l'apposition de deux modalités, la condition suspensive (*conditio ex qua*) et le terme incertain suspensif (*dies incertus a quo*) ; une analyse exacte rendra aisément compte de cette faculté :

1° *Titius heres esto*, *si navis ex Asia venerit.* — Ici la condition suspensive tient également dans l'incertitude la vocation de l'héritier *ab intestat* subordonnée à l'inaccomplissement de la condition et la vocation de l'héritier testamentaire surbordonnée à l'accomplissement du même événement. Ni l'un ni l'autre de ces deux

successibles ne peut donc faire adition de l'hérédité *pendente conditione;* l'événement seul ouvrira le droit du premier ou du second, et l'exécution complète et fidèle de la volonté du testateur n'aura pas abouti à l'attribution successive de l'hérédité *ab intestat* et de l'hérédité testamentaire (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. instit.*, § 9).

2° *Titius heres esto quum Mævius morietur.* — Ici le terme, par le seul fait qu'il est incertain, joue le même rôle qu'une condition suspensive. En effet, puisqu'on ne connaît pas la date de l'échéance, elle peut survenir à chaque instant; une égale indécision plane sur le droit de l'héritier légitime et sur le droit de l'héritier testamentaire. Dès lors, on ne saurait admettre le premier à réclamer, en attendant, les biens héréditaires, et, le terme une fois venu, le second prendra la succession, sans que la règle *nemo partim...* ait jamais été violée.

La *conditio ex qua* et le *dies incertus a quo* remplissent par conséquent des fonctions exactement pareilles dans les testaments; de là le principe bien connu : *dies incertus conditionem in testamento facit* (L. 75, D., *De cond. et demonst.*, 35-1).

Effets spéciaux de la condition suspensive dans les testaments. — Il faut préciser par trois remarques générales l'effet de la condition suspensive dans les institutions d'héritiers :

1° Toute condition de donner ou de faire, imposée à l'héritier et qui nécessite le concours d'un tiers, est tenue pour accomplie, lorsque le refus du tiers la fait défaillir. Si Titius, par exemple, est institué sous la condition d'épouser Seïa, et que celle-ci ne veuille pas y consentir, il a droit à la succession. Mais le décès de Titius, ou de Seïa, ou tout autre cas fortuit qui empêcherait le mariage, amènerait la défaillance de la condition. S'il en est ainsi, c'est que les dispositions testamentaires s'apprécient d'après l'intention du disposant, et qu'on ne suppose pas au testateur la volonté d'abandonner à l'arbitraire d'un tiers le sort de l'institution dont il a gratifié l'héritier (L. 3; L. 11, D., *De cond. instit.*, 28-7; L. 31, D., *De cond. et demonst.*, 35-1).

2° L'héritier institué sous une condition négative qui dépend de sa volonté, peut la tenir pour accomplie et se mettre immédiatement en possession de l'hérédité à charge de fournir la caution Mucienne. On désigne de ce nom l'engagement qu'il prend *cum satisdatione*, envers l'intéressé qui est le plus souvent son cohéritier testamen-

taire ou l'héritier légitime, de lui restituer l'hérédité, s'il contrevient à la volonté du testateur, c'est-à-dire en cas de défaillance de la condition. La caution Mucienne était réellement indispensable, dans toutes les hypothèses où la condition négative devait, de sa nature, rester en suspens jusqu'à la mort de l'institué. Par exemple, *Titius heres esto, si non ascenderit in Capitolium;* ce n'est qu'à la mort de Titius que la condition ne sera plus susceptible de défaillir. Or le droit de faire adition, absolument personnel à l'institué, ne passe pas à ses héritiers; donc, à défaut de la caution Mucienne, la succession ne pourrait entrer dans le patrimoine de Titius, ni de son vivant ni après sa mort, et la condition serait absurde. En dehors de cette nécessité absolue, les jurisconsultes attribuent vraisemblablement à la caution Mucienne quelques autres applications de simple utilité (L. 7; L. 18; L. 67, D., *De cond. et dem.*, 35-1).

3° A la différence de ce qui se passe dans les obligations conditionnelles, la condition apposée à l'institution d'héritier n'a pas d'effet rétroactif. En conséquence, pour s'accomplir utilement, elle doit, au moment où elle se réalise, trouver l'institué encore vivant et capable. De plus, si l'institué est *alieni juris*, c'est au jour de la condition accomplie qu'on se place pour savoir qui profite de l'institution : l'esclave ou le fils de famille a-t-il changé de *paterfamilias*, c'est le maître actuel ou le nouveau père qui prendra la succession par son intermédiaire; l'esclave ou le fils de famille est-il devenu *sui juris*, c'est lui-même qui la recueillera. La condition ne saurait ici rétroagir, parce que toute disposition testamentaire est faite *intuitu personæ*, c'est-à-dire dans un esprit de bienveillance pour une personne déterminée; le testateur n'a voulu gratifier qu'elle, non pas ses ayant-cause (*Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4. — Conf., C. C., art. 1040).

Ces trois dérogations à la théorie générale des conditions se sont étendues, comme on le verra, de l'institution d'héritier aux legs et autres libéralités testamentaires.

Effets spéciaux de la condition impossible dans les testaments. — Il en faut dire autant d'une dernière règle, dont l'importance est capitale. Si le testament comporte en général des conditions suspensives, il en est néanmoins qu'il repousse; telles sont, par exemple, les conditions illicites et impossibles.

Mais les conditions physiquement impossibles, c'est-à-dire contraires à la nature, et les conditions juridiquement impossibles,

c'est-à-dire contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites dans l'institution d'héritier, et conséquemment la laissent pure et simple. *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur.* D'ailleurs, il faut, en cette matière, apprécier l'immoralité d'après les idées romaines; il faut en outre remarquer que beaucoup de conditions physiquement impossibles pour la civilisation antique ont cessé de l'être dans le monde moderne (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 10. — Conf., C. C., art. 900).

Or ces deux espèces de conditions, jointes à un contrat ou à tout autre acte entre-vifs, n'y sont pas réputées non écrites, et l'annulent au contraire (*Inst.*, L. III, t. XIX, *De inut. stip.*, § 11. — Conf., C. C., art. 1172).

Pourquoi n'entraînent-elles pas également la chute de l'institution? La seule explication plausible de cette curieuse différence se trouve évidemment dans la prédilection marquée des Romains pour la succession testamentaire. Ils présument que le testateur, mis dans l'alternative de supprimer la condition ou de mourir intestat, aurait supprimé la condition; ils le font comme il l'eût fait lui-même, pour sauver le testament. Cette doctrine était acceptée sans discussion par les jurisconsultes des deux écoles, à l'égard de l'institution d'héritier. Les Proculiens combattaient seulement l'extension de ce droit exceptionnel aux autres dispositions testamentaires, notamment aux *manumissiones*, legs et fidéicommis, que ne protégeait pas la même raison. L'opinion des Sabiniens, quoique moins logique, prévalut cependant vers la fin de l'époque classique et Justinien ne mentionne plus de controverse; on avait cédé à l'habitude d'établir une parenté générale de règles entre l'institution d'héritier et les autres dispositions testamentaires, et de les entendre toutes dans un sens favorable au gratifié (*Gaius*, III, 98. — L. 20, D., *De cond. instit.*, 28-7; L. 6, § 1; L. 3, D., *De cond. et dem.*, 35-1) (1).

Cette théorie célèbre reçoit d'ailleurs d'assez graves atteintes dans la pratique. Tout d'abord, en présence de conditions physiquement ou moralement impossibles, le juge peut, de fait, prononcer

(1) Une remarque curieuse à faire, c'est que Gaius, tout sabinien qu'il est, avoue ne pas connaître de bonnes raisons pour justifier l'extension de la règle aux legs (*Gaius*, III, 98). Le Code civil fut plus mal inspiré encore en l'étendant aux donations entre-vifs (art. 900).

la nullité du testament pour démence du testateur, ou parce que sa volonté n'a pas été sérieuse (L. 27, D., *De cond. instit.*, 28-7; L. 4, § 1, D., *De statuliberis*, 40-7. — Conf., C. C., art. 901).

De plus, il y a certaines conditions qui rendent l'institution nulle dans tous les cas; ce sont : 1° les *conditiones perplexæ*, c'est-à-dire contradictoires, par exemple : *Titius heres esto, si Seius heres fuerit; Seius heres esto, si Titius heres fuerit;* 2° les *conditiones captatoriæ*, c'est-à-dire qui tendent à provoquer en retour une autre institution, au profit du testateur ou d'un tiers, par exemple : *Titius heres esto, si me* ou *si Mævium instituerit ;* 3° les conditions purement potestatives de la part d'un tiers, par exemple : *Titius heres esto, si Mævius voluerit* (L. 32; 68; 70, D., *De hered. inst.*, 28-5; L. 16, D., *De cond. inst.*, 28-7. — L. 11, C., *De test. militis*, 6-21).

Pluralité de conditions. — Le testateur peut, à son choix, apposer à l'institution d'héritier une ou plusieurs conditions régulières et valables. Mais en présence d'une disposition affectée de plusieurs conditions, il faut examiner si, dans la pensée du disposant, elles ont été apposées cumulativement ou alternativement; ce sera une pure question de fait. Si les modalités ont été apposées *cumulativement*, il faudra qu'elles soient toutes réalisées pour que l'héritier recueille le bénéfice de son institution. Que si elles ont été apposées *alternativement*, il suffira que l'une d'elles soit accomplie (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 11).

CHAPITRE III.

CAPACITÉ DU TESTATEUR.

(*Inst.*, L. II, t. XII.

Chez les Romains, la capacité de tester n'est pas une conséquence du droit de propriété, ni un corollaire de la capacité d'aliéner. Pour pouvoir tester, il faut avoir reçu la faculté d'une disposition de la loi (L. 3, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1. — Conf., C. C., art. 902).

La capacité de tester se trouve ordinairement désignée, dans les textes, sous le nom de *factio testamenti*, les interprètes ajoutent à cette locution l'épithète d'*active* pour distinguer cette capacité de

celle qui est requise chez l'institué et qui s'appelle *factio testamenti passive*.

Cette capacité impliquait sans contredit, à l'origine, la possibilité de figurer dans les comices, et devait manquer par conséquent aux pérégrins, aux femmes, aux impubères, aux sourds, aux muets et probablement aussi aux plébéiens.

A l'époque des grands jurisconsultes et de Justinien, il importe de distinguer dans la *factio testamenti active* deux éléments, qui sont la jouissance abstraite et l'application concrète de la faculté de tester, ou, pour mieux dire, le droit lui-même et l'exercice du droit. Le second présuppose le premier, tandis que la réciproque n'est pas vraie.

Droit de tester. — Pour avoir le droit de tester, il faut être libre, citoyen, et *sui juris*.

Il faut être libre et citoyen, car le testament appartient par essence au *jus civile*, et suppose la plénitude du *commercium*. Il faut être *sui juris*; car on ne saurait faire et laisser un testament, si l'on n'a pas de patrimoine.

Personnes dépourvues du droit de tester. — Sont en conséquence dépourvus du droit de tester :

Tous les individus *alieni juris*, esclaves, fils de famille, femmes *in manu* ou individus *in mancipio*. L'ordre ou la permission du *paterfamilias* ne les habiliterait pas à faire un testament, bien qu'il puisse leur rendre possible une aliénation ordinaire; c'est que le droit de tester est d'ordre public, *factio testamenti est non privati, sed publici juris* (*Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, pr. — L. 3; L. 6, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1; L. 45, D., *De reg. juris*, 50-17).

Par exception, les esclaves publics, *servi publici populi romani*, étaient admis à tester pour la moitié de leurs biens (*Ulpien*, R., t. XX, § 16).

Adrien ou peut-être Marc-Aurèle concéda au fils de famille la *factio testamenti* pour son *peculium castrense*. La même faculté fut étendue par Justinien au *peculium quasi-castrense*, mais ne s'appliqua jamais au pécule adventice, ni au pécule profectice (*Inst.*, L. II, t. XI, *De test. mil.*, § 6; t. XII, *Quibus, non est per. fac. test.*, pr.—*Ulpien*, R., t. XX, § 10. — L. 12, C., *Qui test. fac. poss.*, 6-22) (1).

(1) Lorsque le fils propriétaire d'un pécule castrense mourait sans avoir testé,

2° Les pérégrins, les affranchis déditices, les Latins Juniens et les déportés sont également privés du droit de tester. Il va sans dire cependant que les pérégrins qui ne sont pas *sine civitate* peuvent tester suivant le droit de leur cité. Quant aux Latins Juniens, investis du *commercium* en principe, ils jouaient valablement le rôle de *libripens*, de *familiæ emptor* ou de témoins dans le testament d'autrui, et ne manquaient de la capacité de tester qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi Junia Norbana (*Ulpien*, R., t. XX, §§ 8, 14. — Conf., Loi du 31 mai 1854, art. 3).

3° En dehors de ces principes, certains individus sont déclarés incapables de tester par des lois spéciales. Tels sont les condamnés pour adultère, concussion, diffamation, et, sous les empereurs chrétiens, les apostats, ainsi que plusieurs sectes d'hérétiques, notamment, les Manichéens. Ces personnes déchues sont appelées *intestabiles* (L. 14; L. 15, D., *De testibus*, 22-5; L. 18, § 1, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1. — L. 4, C., *De hæreticis*, 1-5; L. 3, C., *De apostatis*, 1-7).

Du reste, il ne suffit pas que le testateur soit capable; sa capacité doit, en outre, lui être connue absolument et sans la moindre incertitude. Ainsi, le fils de famille devenu *sui juris* par le décès de son père mort en voyage, l'esclave affranchi par le testament de son maître, ne peuvent tester valablement qu'après la connaissance acquise de l'événement qui a transformé leur condition : *de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt* (*Ulpien*, R., t. XX, § 11. — L. 14; L. 15, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

Exercice du droit de tester. — Il arrive souvent que des personnes, investies du droit de tester, sont empêchées de l'exercer par des circonstances de fait. Pour avoir l'exercice de ce droit, il faut être capable d'exprimer une volonté libre et éclairée, et de prendre part aux solennités constitutives du testament. Dès lors en sont privés :

1° Les fous dans leurs moments de folie, les prodigues interdits, les impubères, et dans le droit classique les femmes *sine tutoris auctoritate;* car ces diverses personnes ne peuvent figurer en qualité d'aliénateurs dans une mancipation (*Ulpien*, R., t. XX, §§ 12, 13,

le père, du moins à l'époque classique, recueillait les biens du défunt *jure peculii* (L. 9; L. 19, §§ 3, 5, D., *De cast. pec.*, 49-17). Dans le dernier état du droit, l'opinion dominante reconnaît au contraire au *paterfamilias* la qualité d'héritier (*Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per.*, pr.).

16. — *Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per. fact. test.*, §§ 1, 2. — Conf., C. C., art. 903, 904, 905) (1).

2° Les sourds, les muets, les aveugles, parce que le testament *per æs et libram* leur est matériellement inaccessible. Car les sourds n'entendraient pas les paroles prononcées par le *familiæ emptor;* les muets ne sauraient prononcer les paroles de la *nuncupatio testamenti;* les aveugles ne seraient pas en mesure de vérifier l'acte présenté par eux aux témoins. De plus, l'impuissance où se trouvaient les sourds et les muets d'entendre ou de requérir les témoins, les empêchait aussi de tester dans la forme prétorienne (*Ulpien*, R., t. XX, § 13. — L. 6, § 1; L. 7; L. 8, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

Plusieurs de ces obstacles ont disparu successivement.

En effet, les aveugles eurent toujours la faculté de tester verbalement, en la forme nuncupative; l'empereur Justin le soumit seulement à des formalités additionnelles qui rendirent la fraude difficile. Leur testament dut être écrit ou lu à haute voix, en présence de l'aveugle assisté des sept témoins habituels, soit par un *tabularius* soit par un huitième témoin dans les localités où les *tabularii* manquaient (*Paul*, S., L. III, t. IV^{a}, § 4. — *Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 4. — L. 8, C., *Qui test. fac. poss.*, 6-22).

D'après une décision de Justinien, le sourd est admis à tester comme le premier venu; le muet et le sourd-muet qui savent écrire reçoivent la même autorisation. L'exercice du droit n'est donc refusé qu'aux sourds-muets de naissance, et cette privation revêt à leur égard toutes les apparences d'une véritable incapacité (*Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 3. — L. 10, C., *Qui test. fac. poss.*, 6-22).

Les textes font encore observer, remarque à peine utile, que les infirmités physiques et la maladie n'apportent aucun obstacle légal à l'exercice du droit de tester, *integritas mentis, non corporis sanitas, exigenda est* (L. 2, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1).

Époque où est requise la capacité du testateur. — Pour répondre à cette question, on doit distinguer entre le droit de tester et l'exercice du droit.

Le droit de tester doit exister, dans la personne du testateur, au

(1) Jusqu'au règne d'Adrien, en vertu d'une règle assez inexplicable, les femmes, à l'exception des Vestales, ne pouvaient tester, sans avoir subi une *capitis deminutio*, c'est-à-dire sans avoir fait la *coemptio* avec un tiers (*Gaius*, I, 115^{a}).

moment de la confection du testament, et se maintenir sans interruption, jusqu'au décès. Toutes les fois que le testateur, par une *capitis deminutio*, cesse d'être libre, citoyen ou *sui juris*, le testament cesse d'être valable aux yeux de la loi civile; il tombe et devient *irritum* (*Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, §§ 4, 5) (1).

Au contraire, l'exercice du droit n'est indispensable qu'au moment de la confection de l'acte. Une fois le testament terminé, le testateur peut impunément devenir fou, interdit, sourd ou muet. Pourvu que le droit lui soit resté, la perte de l'exercice du droit n'a pas plus d'effet sur le testament que n'en aurait une simple maladie (*Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 1, *in fine*, § 3, *in fine*.)

Testament du captif. — Le jeu de ces principes se montre nettement dans une hypothèse célèbre (*Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, § 5).

Le testateur tombe en captivité chez l'ennemi; d'après la règle, le testament devrait s'évanouir. Mais de deux choses l'une; ou le captif revient, et dans ce cas la fiction du *jus postliminii* efface rétroactivement son esclavage; ou le captif meurt *apud hostes*, et dans ce cas la fiction de la loi Cornélia *De falsis* (an de Rome 673) le répute mort à l'instant même où la liberté lui était ravie. Dans l'une et l'autre hypothèse, il n'a pas subi de *capitis deminutio*, et son testament reste valable; dans le premier cas, il vaut *jure postliminii*; dans le second cas, il vaut *ex lege Cornelia* (*Ulpien*, R., t. XXIII, § 5. — *Paul*, S., L. IV, t. VII, § 1) (2).

Si l'on suppose maintenant que le captif ait testé chez l'ennemi, le testament sera nul, comme le serait un acte quelconque. Car le *postliminium* ne peut supprimer les faits accomplis, et le fait, c'est que le testateur manquait du droit de tester, au moment où il a voulu faire son testament (L. 8, D., *Qui test. fac. poss.*, 28-1; L. 10; L. 18, D., *De captivis*, 49-15).

(1) On verra que le préteur est venu corriger sur ce point le droit civil; il suffit, en effet, pour que le testament soit valable *jure prætorio*, que le testament ait été fait en pleine capacité par un testateur qui est encore capable au moment de son décès; on ne tient pas compte des *capitis deminutiones* qui sont venues atteindre le disposant entre le jour de la confection du testament et le jour du décès (*Gaius*, II, 147. — *Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*, § 6).

(2) La loi Cornélia *de falsis*, encore appelée *lex Cornelia testamentaria*, avait principalement pour but de prévenir et de réprimer les faux, spécialement en matière de testaments (*Paul*, S., L. IV, t. VII, § 1).

CHAPITRE IV.

CAPACITÉ DE L'INSTITUÉ.

(*Inst.*, L. II, t. XIV.)

La capacité d'être institué, comprise par les Romains dans la locution unique de *factio testamenti*, a reçu des commentateurs la qualification de *passive*. Elle n'est pas connexe à la capacité de tester, et s'en trouve souvent séparée.

Pour la période antérieure à Justinien, il faut avoir soin de distinguer la *factio testamenti passive* et le *jus capiendi*; l'une est le droit d'avoir le titre d'héritier dans un testament valable, c'est la jouissance du droit; l'autre est la faculté de recueillir en fait le bénéfice d'une disposition testamentaire, c'est l'exercice du droit. La *factio testamenti passive* peut exister sans le *jus capiendi*, tandis que le *jus capiendi* suppose nécessairement la jouissance du droit.

§ I.

Factio testamenti passive.

Tant que le rôle de *familiæ emptor* fut réservé à l'héritier dans le testament *per æs et libram*, la capacité d'être institué se confondit avec la capacité d'acquérir pour soi-même ou pour autrui par la mancipation. Mais la législation postérieure adoucit successivement les rigueurs de cette règle, en admettant à l'institution d'héritier certaines personnes que les principes en eussent logiquement exclues, notamment les *infantes*, les fous, les sourds, les muets, les captifs, les esclaves du testateur.

Droit classique. — A l'époque classique, le principe qu'on n'a pas la *factio testamenti* passive, quand on est incapable d'acquérir par la mancipation, n'atteint plus que quatre classes de personnes :

1° Les esclaves sans maître, ou dont le maître manque lui-même de la *factio testamenti* avec le testateur; car l'esclave n'exerce jamais qu'une capacité d'emprunt (L. 31, pr., D., *De hered. inst.*, 28-5);

2° Les pérégrins, lorsqu'ils n'ont pas obtenu le *jus commercii* ainsi que les affranchis déditices et les déportés (*Gaius*, I, 25. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 2);

3° Les personnes incertaines. On entend par *incertæ personæ*, non pas celles que le testateur n'a jamais vues, mais celles dont il ne peut avoir une idée nette, par exemple, *qui primus ad funus meum venerit*, ou bien, *quicumque filio meo filiam suam in matrimonio dederit* (*Ulpien*, R., t. XXII, § 4. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 25).

Les plus importantes des *personæ incertæ* étaient les *personnes morales* et les *posthumes*, c'est-à-dire les individus nés après la mort du testateur, ou dans l'intervalle entre sa mort et la confection du testament. On verra bientôt que le droit civil lui-même permit l'institution d'une catégorie de *posthumes* connus sous le nom de *postumi sui*. En outre, parmi les personnes morales, les municipes acquirent la capacité relative d'être institués par leurs affranchis, et la capacité absolue fut même accordée à quelques cités ou colonies, ainsi qu'à plusieurs divinités (*Gaius*, II, 238, 241, 242. — *Ulpien*, R., t. XXII, §§ 5, 6. — L. 30, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6);

4° Enfin, dans un ordre d'idées complètement différent, la célèbre loi Voconia, votée en l'an de Rome 585 ou 586, sur les instances du vieux Caton, prohibait l'institution d'une femme, fût-elle la fille du testateur, par toute personne inscrite dans la première des cinq classes de Servius Tullius, c'est-à dire portée sur les registres du cens pour une fortune égale ou supérieure à cent mille as (*Gaius*, II, 274. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, L. XX, ch. I, § 22).

Droit de Justinien. — La loi Voconia, hostile à l'enrichissement des femmes, tomba vite en désuétude et disparut sans abrogation expresse. La *factio testamenti*, accordée aux *postumi sui* par le droit civil, fut indirectement étendue par le préteur aux autres posthumes. L'empereur Léon permit, en 469, l'institution d'une cité quelconque. Pour les églises et les établissements religieux du christianisme, Constantin et ses successeurs ne leur contestèrent jamais la capacité. Enfin, par une mesure générale qui couronna ces innovations partielles, Justinien lui-même déclara capables toutes les personnes incertaines sans distinction; il permit même d'instituer le Christ, les archanges et les martyrs (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bonor. poss.*, pr. — L. 1; L. 26, C., *De sacros. eccles.*, 1-2; L.

12, C., *De hered. inst.*, 6-24. — Conf., C. C., art. 902, 910, 937).

La *factio testamenti* n'est donc plus refusée, sous Justinien, qu'aux deux premières catégories d'incapables précédemment indiquées, c'est-à-dire, aux *servi sine domino* et à ceux qui sont privés de la *civitas*.

Mais le droit impérial créa à titre de déchéances pénales quatre nouvelles classes d'incapables : 1° les apostats et les hérétiques ; 2° la veuve qui s'est remariée avant l'expiration de l'année de viduité; 3° les enfants du condamné pour crime de lèse-majesté; 4° les époux incestueux et les enfants issus de leur union (L. 4, C., *De hæreticis*, 1-5; L. 3, C., *De apostatis*, 1-7; L. 6, C., *De incestis*, 5-5; L. 1, C., *De secund. nuptiis*, 5-9; L. 5, § 1, C., *Ad leg. Juliam*, 9-8. — Conf., C. C., art. 908).

La *factio testamenti* est requise à peine de nullité de l'institution, lors de la confection du testament, lors de la délation de l'hérédité et d'une façon continue depuis la délation jusqu'à l'acquisition de l'hérédité. Mais il n'est pas nécessaire que l'institué soit capable depuis la confection du testament jusqu'à l'ouverture de la succession; l'incapacité intermédiaire est ici indifférente; *media tempora non nocent* (*Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4).

§ II.

Règles propres à l'institution des esclaves.

L'institution peut s'adresser ou à l'esclave du testateur ou à l'esclave d'autrui. *Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate* (*Ulpien*, R., t. XXII, § 7).

Esclaves du testateur. — On appelle *servus proprius* l'esclave dont la propriété ou la nue-propriété appartient au testateur (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, pr.).

Conditions de l'institution du servus testatoris. — Dans le droit classique, un esclave n'était valablement institué par son maître qu'à la condition d'acquérir à la suite de l'affranchissement la *civitas* ou du moins la *latinitas*. Car s'il devait rester déditice, il n'avait pas la *factio testamenti*, et l'on verra même que la capacité du Latin Junien n'était pas entière, puisqu'il lui manquait le *jus capiendi*. Sous Justinien, la suppression des Latins et des déditices fait dis-

paraître cette exigence (*Gaius*, II, 186, 187. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 8).

D'ailleurs, à toutes les époques, l'affranchissement de l'esclave fut la condition fondamentale de son institution par le maître. Le droit antérieur à Justinien ne connaissait pas de *manumissio* tacite, et faisait un devoir au testateur de léguer expressément la liberté au *servus*, sous peine de nullité du testament; la formule employée par le testateur était celle-ci : *Stichus heres liberque esto* (*Gaius*, II, 186).

Ce prince, plus raisonnable et plus humain, abrogea formellement cette règle gênante, et considéra la volonté d'affranchir comme démontrée par le seul fait de l'institution; par cela seul qu'un maître institue son esclave, il est présumé lui donner la liberté. Dès lors, on peut instituer valablement tout esclave qu'on a la faculté d'affranchir (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, pr.).

Du reste, la loi romaine a toujours exigé que l'affranchissement de l'esclave par le testateur fût permis au moment même du testament. Si donc une raison de droit quelconque y fait obstacle, l'institution reste nulle; ainsi une femme qui est sous le coup d'un *crimen adulterii* ne peut pas instituer son esclave accusé d'adultère (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, pr.).

Effets de l'institution du servus testatoris. — Quelle est enfin la situation juridique du *servus proprius* valablement institué ? Qu'on suppose d'abord la *manumissio* et l'institution pures et simples. Dans ce cas, lorsque l'esclave est resté sous la puissance du testateur jusqu'au décès, il devient libre immédiatement, et du même coup acquiert l'hérédité comme héritier nécessaire, c'est-à-dire de plein droit et sans acceptation. Si l'esclave a été affranchi ou aliéné avant le décès du testateur, il a la qualité d'héritier externe, et le choix entre l'acceptation et la répudiation de l'hérédité dépend de sa volonté d'homme libre, ou de l'ordre de son nouveau maître (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 1).

L'institution et la *manumissio* peuvent dépendre l'une et l'autre d'une condition suspensive. En supposant la condition accomplie au jour de la mort du testateur, l'institution produit immédiatement tous ses effets ordinaires; dans l'hypothèse contraire, ces effets demeurent incertains jusqu'à l'événement qui réalise ou fait défaillir la condition.

Circonstances spéciales. — Il faut aussi prévoir deux ordres par-

ticuliers de dispositions : 1° L'institution est pure et simple, et l'affranchissement conditionnel. Alors, si l'esclave reste dans la même situation, *in eadem causa*, l'hérédité ne lui sera déférée qu'à l'accomplissement de la condition. Quand le maître l'affranchit ou l'aliène, on fait une distinction. N'est-ce qu'après la condition défaillie, l'institution disparaît définitivement; est-ce *pendente conditione*, l'institution subsistera malgré la défaillance ultérieure de la condition (L. 38, §§ 2, 3, D., *De hered. inst.*, 28-5).

2° L'affranchissement est pur et simple, et l'institution conditionnelle. Si le testateur décède *pendente adhuc conditione*, l'esclave n'acquiert pas immédiatement la liberté. La condition s'accomplit-elle plus tard, il deviendra tout ensemble libre et héritier nécessaire. Vient-elle à défaillir, l'esclave n'aura pas la succession; mais il sera libre, pourvu que le testament contienne une autre institution efficace. Le but de la loi romaine est donc évident; elle veut autant que possible dans l'intérêt du maître, imposer au *servus* institué la qualité de *necessarius heres* (L. 21, § 2; L. 22, D., *De hered. inst.*, 28-5).

Esclaves d'autrui. — Le *servus alienus* est aussi bien celui sur lequel le testateur n'a aucun droit que celui sur lequel il a un droit d'usufruit, d'usage ou de possession; à son égard, la règle est simple; on ne peut instituer que l'esclave dont on pourrait instituer le maître (*Ulpien*, R., t. XXII, § 9).

La chance de recueillir l'hérédité suit la propriété de l'esclave, *ambulat cum dominio hereditas*. S'il est libre au moment de l'adition, il acquiert pour lui-même. S'il est encore en esclavage sous le même maître ou sous un maître nouveau, il n'acquiert que par l'ordre et pour le compte de son propriétaire actuel (L. 2, § 9, D., *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11. — *Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 1).

Dans l'hypothèse où le *servus alienus* institué se trouve sous la puissance du testateur, au jour du décès, l'institution s'évanouit. Car l'esclave ne saurait acquérir, ni pour un maître qu'il n'a plus, ni pour lui-même, puisque la liberté n'a pu lui être donnée par un testateur qui ne l'avait pas *in dominio* au jour du testament (*Ulpien*, R., t. I, § 23. — L. 49, D., *De hered. inst.*, 28-5).

Comme les biens d'un captif deviennent *res nullius*, l'application rigoureuse des principes aurait empêché d'instituer l'esclave d'un *captus ab hoste*. Mais on eut recours, pour valider une institution

de ce genre, à l'une ou l'autre des deux fictions du *postliminium* ou de la loi *Cornelia* (L. 32, § 1, D., *De hered. inst.*, 28-5).

Servus communis. — L'esclave commun à plusieurs maîtres est régulièrement institué du chef de celui ou de ceux de ses *codomini* qui avaient *factio testamenti* avec le testateur. Le bénéfice et les charges de l'hérédité se partagent alors entre les copropriétaires qui lui ont donné l'ordre de faire adition, proportionnellement à leurs parts respectives dans la propriété du *servus* (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 3).

Mais comment résoudre l'hypothèse où le testateur est lui-même un des maîtres de l'esclave? Quand il l'institue en lui conférant la liberté, ou même *sine libertate*, l'esclave devient libre et *necessarius heres*, sous la réserve d'une indemnité à payer aux *codomini* dépouillés; c'est la doctrine nouvelle de Justinien. Au temps classique, la liberté et la succession n'étaient ainsi procurées à l'esclave que dans les cas où le testateur se trouvait, lors du décès, seul maître du *servus* qu'il avait institué *cum libertate* ; dans toute autre circonstance, l'esclave appartenait aux autres copropriétaires, et leur acquérait l'hérédité (*Ulpien*, R., t. XXII, § 10. — L. 6, § 3, D., *De hered. inst.*, 28-5. — L. 1, § 5, C., *De communi servo*, 7-7).

Servus hereditarius. — Il semble enfin qu'un esclave héréditaire ne puisse pas être institué; compris dans une succession qui n'appartient pas encore à l'héritier, il n'a donc pas de maître. Mais, pour éviter les nombreux embarras que cette vacance aurait pu entraîner, une fiction célèbre prolonge, jusqu'à l'instant de l'adition, la personnalité juridique du *de cujus*; en d'autres termes, l'hérédité jacente représente la personne du mort, *hereditas personam defuncti sustinet.* Par conséquent, la capacité de l'esclave héréditaire est empruntée à son ancien maître décédé. Quiconque pouvait instituer ce dernier peut instituer le *servus hereditarius*, dans l'hypothèse même où la *factio testamenti* ferait défaut au maître futur, qui est l'héritier (L. 52; L. 64, D., *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 2).

§ III.

Jus capiendi.

Les personnes investies de la *factio testamenti* n'ont pas toujours le *jus capiendi ;* elles sont quelquefois, en effet, privées du droit de recueillir le bénéfice de l'institution.

Trois catégories de personnes, à l'époque classique, manquent du *jus capiendi* pour le tout ou pour partie.

1° La loi Junia Norbana enleva aux Latins Juniens le *jus capiendi* pour le tout; ils ne peuvent recueillir le bénéfice des dispositions testamentaires qui leur sont faites qu'à la condition d'acquérir la cité, *intra diem cretionis,* dans les cent jours qui suivent le décès du testateur (*Gaius,* II, 110. — *Ulpien,* R., t. XXII, § 3).

2° Les lois caducaires privèrent également du *jus capiendi* les *cœlibes*, les *orbi* et probablement aussi les *patres solitarii*. Les célibataires ne peuvent rien recueillir; les *orbi*, c'est-à-dire les personnes mariées sans enfants, ne sont privées du *jus capiendi* que pour moitié; quant à l'incapacité des *patres solitarii*, elle nous est inconnue (*Gaius*, II, 110, 111. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 3).

3° Enfin, Suétone nous rapporte que l'empereur Domitien enleva le *jus capiendi* aux *feminæ probosæ. Probosis feminis ademit jus capiendi legata hereditatesque* (Suétone, *Domitien*, ch. 8).

La différence pratique est grave entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi.* Quand l'institué manque de la *factio testamenti* lors de la confection du testament, l'institution est nulle et restera nulle quoi qu'il arrive; l'acquisition ultérieure de la capacité n'y changerait rien. Au contraire, le *jus capiendi* n'est pas requis lors de la confection du testament. Il n'est indispensable à l'institué qu'au moment de la délation de l'hérédité, c'est-à-dire à l'époque de la mort du testateur ou de l'événement de la condition, suivant que l'institution est pure et simple ou conditionnelle. On lui donne même, pour l'acquérir utilement, un délai de cent jours à partir de cette date. Si donc j'institue une personne privée du *jus capiendi*, l'institution est actuellement valable, mais l'héritier pourra-t-il recueillir? on ne le saura pas avant mon décès. En attendant, puisqu'il est régulier, mon testament révoquerait un testament

antérieur (*Ulpien*, R., t. XVII, § 1 ; t. XXII, § 3. — L. 82, D., *De acq. vel. omitt. hered.*, 29-2).

De ces deux théories corrélatives, celle du *jus capiendi* paraît la plus rationnelle. Car exiger la *factio testamenti* au moment de la confection du testament, c'était méconnaître la nature même et l'essence de cet acte, qui ne doit produire d'effet qu'après le décès de son auteur. Tout au plus cette rigueur avait-elle une raison d'être dans l'ancien droit, au temps où l'on testait par une mancipation faite à l'héritier lui-même.

Sous Justinien, le *jus capiendi* n'est plus refusé à personne, et ne constitue pas une condition distincte de la *factio testamenti*. Aussi l'empereur confond-il volontairement ces deux expressions (*Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4).

CHAPITRE V.

MESURES PRISES POUR ASSURER L'HÉRÉDITÉ A CERTAINES PERSONNES.

Dans la législation des Douze-Tables, rien ne limitait la liberté du testateur. Il lui suffisait d'instituer un héritier pour lui transmettre l'hérédité, et par conséquent pour en exclure tous ceux qu'il n'y appelait pas, même ses enfants; la loi décemvirale consacrait en termes très précis l'omnipotence du testateur : *Ulti legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto*. Ainsi le voulait le principe de la puissance absolue du *paterfamilias* (*Ulpien*, R., t. XI, § 14).

Deux graves restrictions furent apportées à ce pouvoir d'abord sans contrôle. L'une et l'autre furent l'œuvre de la jurisprudence; la première se traduisit par la nécessité qui fut imposée au père de famille d'instituer ou d'exhéréder ses enfants en puissance; l'autre tendit à créer une action particulière, la *querela inofficiosi testamenti* destinée à faire tomber le testament de celui qui aurait écarté sans motif ses proches parents.

PREMIÈRE SECTION.

DE L'INSTITUTION OU DE L'EXHÉRÉDATION DE *SUI HEREDES*.

(*Inst.*, L. III, t. XIII).

Une très ancienne doctrine considérait les enfants comme copropriétaires du patrimoine paternel, *Etiam, vivo patre, quodammodo domini existimantur* (L. 11, D., *De liberis et post.*, 28-2. — *Gaius*, II, 157. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 2).

La conséquence logique de cette idée eût été de retirer au père le droit de tester; mais on n'en vint pas là. Les jurisconsultes ne lui enlevèrent pas même, de prime-abord, la faculté de dépouiller ses enfants sans cause sérieuse. Il fut simplement soumis, s'il voulait les priver de sa succession, à la nécessité d'en faire une déclaration expresse. Dès lors pesa sur le père l'obligation alternative d'instituer ou d'exhéréder formellement ses enfants; cette règle n'entamait pas au fond sa liberté, mais en gênait seulement l'exercice. Elle se rattachait à la pensée qu'on peut souvent reculer devant l'aveu catégorique d'une iniquité. Il était à présumer en effet que le père de famille, obligé d'écarter expressément et par une formule spéciale ses enfants, n'oserait pas les exclure aussi facilement que s'il lui était permis de les passer sous silence.

Cette théorie naquit de la coutume, non d'une loi proprement dite. On s'accorde généralement pour en placer l'établissement définitif vers l'époque de Cicéron (L. 29, pr., D., *De liberis*, 28-2. — Cicéron, *De orat.*, I, 38).

Peu de théories ont subi autant de transformations; aussi faut-il l'étudier au triple point de vue du droit civil, du droit prétorien et du droit de Justinien.

§ I.

Droit civil.

Le droit civil applique exclusivement aux *sui heredes* la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation.

Or les *héritiers siens* sont tous les descendants qui se trouvent actuellement sous la puissance immédiate du testateur ou qui s'y

trouveraient, s'il vivait encore. Ils se divisent en deux classes. Les uns ont cette qualité au jour de la confection du testament; ce sont les *héritiers siens proprement dits*. Les autres n'acquièrent cette qualité que postérieurement à la confection du testament; ce sont les *posthumes*.

Héritiers siens proprement dits. — Dans la législation primitive, il n'est nécessaire d'instituer ou d'exhéréder que les descendants investis de la qualité d'*héritiers siens* au moment de la confection du testament, c'est-à-dire déjà nés et soumis à la puissance immédiate du testateur.

Cette classe comprend trois catégories d'*heredes sui :* 1° tous les descendants du premier degré, sans différence entre les fils et les filles, entre les enfants issus *ex justis nuptiis* et ceux qui ont été adoptés ou adrogés; 2° les petits-fils ou petites-filles *per masculos* dont le père est prédécédé ou sorti de la famille par émancipation ou adoption; 3° la femme *in manu* se trouvant *loco filiæ* ou *loco neptis* à l'égard du testateur (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 4. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 14).

Si le père n'institue pas ou n'exhérède pas ces personnes, il commet une *omissio* ou *præteritio*, dont les conséquences seront graves.

Formes de l'institution ou de l'exhérédation. — On sait comment se fait l'institution. Mais dans quelles formes le *parterfamilias* doit-il procéder à l'exhérédation des *sui heredes ?* La règle n'est pas uniforme, et deux différences sont à signaler sur ce point entre le fils proprement dit et les filles ou petits-enfants des deux sexes :

1° Le testateur doit exhéréder son fils *nominatim*, c'est-à-dire en le désignant par son nom ou par toute autre indication strictement individuelle, comme le serait la formule : *Titius filius meus exheres esto*, ou, si le fils n'a pas de frères, la simple mention *filius meus exheres esto*. Quant aux autres descendants, il est permis de les exhéréder collectivement, *inter cæteros*, c'est-à-dire en faisant suivre l'institution de cette formule vague : *cæteri exheredes sunto* (*Gaius*, II, 127, 128. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 20. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, pr.).

2° Tandis que l'institution ou l'exhérédation des filles et petits-enfants peut être subordonnée à toutes les conditions que permet le droit commun, celle du fils doit être nécessairement pure et simple. On n'admet, en général, que la condition potestative de sa part. Il a paru nécessaire de maintenir plus énergiquement à l'égard du fils

la nécessité d'une déclaration formelle et certaine de la volonté du père (L. 28, pr., D., *De liberis*, 28-2; L. 4, pr.; L. 86, D., *De hered. inst.*, 28-5).

La même distinction s'applique à la sanction de la *præteritio*.

Sanction de l'omission. — S'agit-il d'un fils omis ou qui a été irrégulièrement institué ou exhérédé? Le testament est alors *injustum*, frappé d'une nullité immédiate et définitive. C'est un principe essentiel de droit civil, que les conditions matérielles de la validité d'un acte sont requises au moment même de sa confection. Les Sabiniens, poussant cette doctrine jusqu'aux conséquences les plus rigoureuses, soutenaient que le testament devait rester nul, alors même, que le fils omis serait mort ou aurait été frappé d'incapacité avant le décès de son père. Les Proculiens, considérant au contraire que la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation avait été introduite dans l'intérêt unique du fils, enseignaient que cette formalité était devenue indifférente quand l'enfant ne pouvait plus recueillir l'hérédité et que, dès lors, le testament devait être valable. Quoique l'opinion proculienne fût plus raisonnable et surtout plus en harmonie avec la préférence des Romains pour la succession testamentaire, ce fut cependant la théorie sabinienne, déjà suivie dans la pratique au temps de Paul, qui fut définitivement confirmée par Justinien (*Gaius*, II, 123. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 16. — L. 7, D., *De liberis*, 28-2; L. 29, D., *De regulis juris*, 50-17. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, pr.).

L'omission de descendants autres que le fils laisse le testament valable, et rend simplement l'institution réductible. La fille *præterita*, pourvu qu'elle soit capable après la mort du testateur, prend aux institués une moitié de la succession, s'ils sont *extranei*, et seulement une part virile s'ils ont la qualité de *sui heredes*. Dans le cas où le testament institue à la fois des *sui* et des *extranei*, le droit de la fille s'applique séparément aux deux fractions de l'hérédité: on lui donne une moitié de la quote-part attribuée à tous les *extranei* ensemble, une portion virile sur le total réservé aux *sui* (*Gaius*, II, 124. — *Paul*, S., L. III, t. IV^b, § 8. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, pr.) (1).

(1) Il résultera souvent de l'application de ces règles que la fille omise prendra plus qu'elle n'aurait eu comme héritière *ab intestat;* ainsi, supposant deux *sui* et deux *extranei* tous institués *æquis partibus*, la fille enlèvera un tiers au *sui* et une moitié aux *extranei*, soit en tout 5/12. Ce résultat, quoique formellement

Les petits-enfants omis sont traités de la même manière. Ils viennent probablement par souches, *per stirpes ;* en d'autres termes, on ne compte que pour un seul enfant tous ceux qui sont issus du même fils.

Cette attribution de parts aux filles et petits-enfants est désignée par les textes sous le nom de *jus accrescendi.* Cette locution veut dire que le nombre des institués est fictivement accru de la personne omise ; car elle ne peut venir à la succession en qualité d'héritier légitime, à cause de la règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.* La conséquence pratique de cette fiction légale ne manque pas d'importance; c'est que l'individu omis comptant comme héritier testamentaire contribue à l'acquittement des legs et des autres charges du testament, dans une proportion correspondante à son droit (L. 4, C., *De lib. præt.*, 6-28. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, pr.).

Posthumes et quasi-posthumes. — Les règles précédentes amenaient souvent la destruction des testaments, par la survenance d'un *suus heres* au défunt.

En effet, toutes les fois qu'il survenait au testateur un *héritier sien* postérieurement à la confection du testament, son testament devait tomber parce que cet héritier, eût-il été vivant et capable de figurer dans une institution ou dans une exhérédation, ne pouvait y figurer à titre d'*héritier sien,* puisqu'il n'avait pas alors cette qualité. On exprimait cette règle en disant que l'agnation ou la quasi-agnation d'un *heres suus* entraînait nécessairement la rupture du testament. Il y avait *agnatio* lorsque l'héritier sien naissait *testamento facto ;* il y avait *quasi-agnatio* lorsque l'héritier sien était élevé à ce titre par la mort, l'adoption ou l'émancipation d'un ascendant qui le séparait jusqu'alors du testateur (*Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 1).

La jurisprudence et la loi donnèrent le moyen de prévenir en certains cas cette rupture du testament. C'est la théorie de l'institution ou de l'exhérédation des posthumes et quasi-posthumes.

Diverses espèces de posthumes. — On appelle ici *postumus* tout enfant qui vient à naître, soit après la mort du père, soit après la con-

écrit dans les textes, a paru tellement inadmissible à certains commentateurs qu'ils ont voulu, dans l'espèce, changer la base du calcul, et n'attribuer à la fille que la moyenne entre ce qu'elle aurait si les quatre institués étaient *sui* et ce qu'elle aurait s'ils étaient tous quatre *extranei* (*Paul,* S., L. III, t. IV[b], § 8).

fection du testament. Tel est le sens générique du mot; mais on distingue plusieurs classes de posthumes; on peut en indiquer quatre principales : 1° les posthumes légitimes; 2° les posthumes Aquiliens; 3° les posthumes Velléiens; 4° les posthumes quasi-Velléiens.

1° *Posthumes légitimes.* — Le posthume légitime est le descendant qui, conçu du vivant du testateur, et né après sa mort, se fût trouvé sous sa puissance immédiate, s'il eût été au monde lors de la confection du testament. Tel est, par exemple, l'enfant que met au jour la veuve du testateur, dans les dix mois de son décès. Ce descendant, à la condition de naître vivant, infligeait au testament une rupture sans remède, puisque le testateur étant mort ne pouvait rien changer à ses dispositions testamentaires. Les jurisconsultes réagissant contre ce principe permirent de prévoir, en testant, l'agnation de ce posthume, et de l'instituer ou de l'exhéréder, nonobstant sa qualité de personne incertaine, et quoiqu'il ne fût pas encore *suus heres*. Bref, on le considérait comme vivant d'ores et déjà ; *pro jam nato habetur* (*Gaius*, I, 147. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 19. — L. 12, D., *De liberis*, 28-2. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exher. lib.*, § 1).

2° *Posthumes Aquiliens.* — Le posthume Aquilien est le descendant qui, conçu avant et né après la mort du testateur, ne se fût pas trouvé sous sa puissance immédiate, s'il eût été vivant lors de la confection du testament. Tels sont les petits-enfants et les arrière-petits-enfants, nés *sui juris* postérieurement au décès de leur aïeul ou bisaïeul, lorsque leur père et leur grand-père, prédécédés à ce dernier, étaient encore vivants au jour de la confection du testament. Une formule imaginée par le jurisconsulte Aquilius Gallus fournit au testateur le moyen d'empêcher la rupture de son testament, en lui permettant l'institution ou l'exhérédation conditionnelle de cet *heres suus* éventuel; de là son nom de posthume Aquilien (L. 29, pr., §§ 1, 5, D., *De liberis*, 28-2. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 1) (1).

Les posthumes précédents ont pour caractère commun de naître après la mort du testateur. On mit plus de temps à se préoccuper

(1) La formule inventée par Aquilius Gallus était ainsi conçue : *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto* (L. 29, pr., D., *De liberis*, 28-2).

d'autres héritiers siens qui survenaient *vivo testatore*, et qui n'occasionnaient ainsi qu'un mal ordinairement réparable; car le père de famille pouvait, en principe du moins, refaire son testament. Cependant n'était-il pas à craindre que le testateur n'eût perdu l'exercice de son droit de tester, par exemple, qu'il fût devenu fou? Il fallait donc prévenir cet autre péril, et ce fut l'œuvre de la loi Junia Velléia, rendue en l'an de Rome 763 ou 799.

3° *Posthumes Velléiens.* — Le posthume Velléien est le descendant, d'un degré quelconque, qui naît du vivant du testateur et sous sa puissance immédiate, après la confection du testament. Un premier chef de la loi Junia Velléia permit au père de famille d'instituer ou d'exhéréder cet enfant, bien qu'il ne fût ni *suus heres* ni personne certaine au jour de l'acte; on lui évitait ainsi la nécessité de refaire son testament (*Ulpien*, R., t. XXII, § 19. — L. 29, § 12, D., *De liberis*, 28-2. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 1).

4° *Posthumes quasi-Velléiens.* — Un autre chapitre de la même loi s'occupe des *posthumes quasi-Velléiens* ou *quasi-posthumes ;* ce sont les petits-enfants qui, déjà nés lors du testament, mais séparés du testateur par l'intermédiaire de son fils, deviennent héritiers siens de leur aïeul encore vivant, par l'effet d'un événement, mort, émancipation ou tout autre, qui fait sortir leur père de la famille. A la différence des trois classes précédentes de posthumes, on aurait pu les instituer, puisqu'ils étaient personnes certaines; mais l'institution ou l'exhérédation, avant la loi Junia Velléia, ne les aurait pas atteints à titre de *sui heredes* et le testament eût été *ruptum* (L. 29, § 13, D., *De liberis*, 28-2. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 2).

Pour embrasser dans une formule générale les exemples déjà cités et les cas analogues, on entend par posthume ou quasi-posthume toute personne qui, postérieurement au testament, acquiert la qualité de *suus heres*, soit par sa naissance, soit par un fait qui retranche de sa famille un ou plusieurs ascendants intermédiaires. Sa qualité d'héritier sien entraînerait la rupture du testament, si l'on n'avait adouci la rigueur du droit civil, en permettant de l'instituer ou de l'exhéréder à l'avance comme *suus* (L. 28, § 1; L. 29, § 15, D., *De liberis*, 28-2).

Formes de l'institution ou de l'exhérédation des posthumes. — Les formes à suivre, pour l'institution ou l'exhérédation de cette seconde classe d'héritiers siens, furent d'abord empruntées aux *sui*

heredes proprement dits; on admettait la différence déjà signalée entre le fils ou la fille ou petit-enfant. Mais, dès le temps d'Ulpien, les posthumes ou quasi-posthumes mâles, sans distinction de degrés, doivent être institués ou exhérédés *nominatim*. La disposition peut être collective pour les femmes, pourvu que le testateur ait pris la précaution de leur laisser un legs, si minime qu'il soit, afin de montrer qu'il ne les a pas oubliées, *ne videantur prœteritœ per oblivionem* (*Gaius*, II, 131, 132. — *Ulpien*, R., t. XXII, §§ 21, 22. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, §§ 1, 2).

Sanction de l'omission des posthumes. — La sanction est d'ailleurs identique pour tous les posthumes ou quasi-posthumes. L'omission du posthume ne rend pas le testament nul *ab initio ;* le testament est *justum ;* car il n'y a pas nécessité actuelle d'instituer ou d'exhéréder une personne qui n'est pas *suus heres*. Mais l'agnation ou quasi-agnation d'un posthume, de sexe ou de degré quelconque, entraîne ultérieurement la chute du testament et en amène la rupture par application d'une règle générale; *rumpitur testamentum agnatione vel quasi-agnatione heredis sui*. Il suffit que ce nouvel hérétier sien naisse vivant, et s'il était institué conditionnellement, que la condition ne se trouve pas accomplie au jour de sa naissance (L. 22, D., *De liberis*, 28-2. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 1; t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 1) (1).

§ II.

Droit prétorien.

Comme on vient de le voir, le droit civil ne protège ni les descendants *per feminas*, ni ceux des descendants *per masculos* qui ont perdu la qualité de *sui heredes* avant le jour du testament. La règle ne fléchit jamais à l'égard des descendants par les femmes; leur omission équivaut à leur exhérédation, et ne leur laisse d'autre remède que la plainte d'inofficiosité. Mais le préteur est venu modifier

(1) Pour que le testament soit annulé par la naissance d'un posthume, Ulpien ne semble pas exiger que l'enfant soit né *viable, integer;* il suffit qu'il soit né vivant, c'est-à-dire qu'il ait respiré (L. 12, § 1, D., *De liberis*, 28-2). Le Code contient cependant une constitution de Justinien, aux termes de laquelle l'enfant devrait venir au monde *perfecte* (L. 3, C., *De postumis*, 6-29. — Conf., C. C., art. 906).

les anciens principes en faveur de certains descendants *per masculos* qui ont perdu leur qualité d'héritiers siens avant le décès du testateur (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7).

Personnes assimilées aux héritiers siens. — Le droit prétorien confirme d'abord le droit civil et impose au père la nécessité d'instituer ou d'exhéréder *jure prætorio* tous les descendants qui ont le titre d'*heredes sui*. Il assimile de plus aux héritiers siens et posthumes du droit civil tous les descendants par mâles *ex justis nuptiis*, qui n'ont perdu le titre de *suus heres* qu'en vertu d'une *minima capitis deminutio*, et qui ne l'ont pas acquis et conservé dans une autre famille. Tels sont notamment les enfants émancipés par le testateur et non adrogés par un tiers, ou les enfants donnés en adoption, et que l'adoptant a émancipés, etc. (*Gaius*, II, 135. — *Ulpien*, R., t. XXVIII, § 3. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. liber.*, §§ 3-4) (1).

Formes de l'exhérédation d'après le droit prétorien. — Le préteur faisant une distinction basée sur le sexe exige pour les mâles l'exhérédation nominative, et permet pour les femmes l'exhérédation *inter cæteros*. Envers les uns et les autres, il reconnaît d'ailleurs la validité d'une institution subordonnée à une condition même casuelle. Alors de deux choses l'une, ou la condition est défaillie lors du décès ou elle est encore en suspens; dans le premier cas, l'enfant a droit à la *bonorum possessio contra tabulas;* dans le second cas, on lui accorde la *bonorum possessio secundum tabulas*, sauf à la transformer par la suite en *bonorum possessio contra tabulas* si la condition vient à défaillir plus tard (L. 3, §§ 12, 13, 14, D., *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4. — *Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 3).

Sanction de l'exhérédation d'après le droit prétorien. — L'omission des héritiers siens ou des descendants que le préteur leur assimile n'a pas directement pour conséquence, *jure prætorio*, d'entraîner la nullité du testament; le préteur ne peut accorder aux descendants omis que la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais en vertu de règles qui sont expliquées ailleurs, cette *bonorum possessio*

(1) En vertu de la même règle, le préteur exige encore l'institution ou l'exhérédation : 1° des enfants nés ou conçus du testateur avant sa propre émancipation et qui sont restés *in potestate avi;* 2° des enfants que le testateur a eus étant en puissance de son père et que celui-ci a émancipé en le retenant lui-même *in patria potestate* (L. 6, § 2; L. 7, D., *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4).

ne se défère qu'aux ayant-droit vivants et capables lors du décès du testateur; de plus, elle ne leur est pas acquise *ipso jure*, et nécessite une demande dans un délai déterminé. Il est donc possible que le testament conserve son effet *jure prætorio*, par suite du prédécès, de l'incapacité ou de la renonciation de l'enfant omis, tandis qu'il eût été nul en vertu du droit civil (L. 3, § 10, D., *De poss. cont. tab.*, 37-4; L. 2, pr., D., *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

L'inégalité que le droit civil avait établie entre le fils et les autres descendants n'existait pas, en principe, dans le système prétorien; car la *bonorum possessio contra tabulas* faisait réputer le testateur intestat, et les personnes omises prenaient la part qu'elles auraient eue comme héritiers légitimes, sans la charge des legs. Antonin le Pieux restreignit le bénéfice de la *possessio contra tabulas*, obtenue par les filles, à la portion que leur eût procurée le *jus accrescendi;* d'où il suit qu'elles enlèvent une part virile aux *sui* et qu'elles ne prennent que la moitié aux *extranei;* elles durent aussi contribuer à l'acquittement des charges testamentaires (*Gaius*, II, 125, 126. — L. 4, C., *De liberis*, 6-28).

En résumé, tandis que l'omission des descendants mâles d'un degré quelconque rend le testament tout à fait inexécutable, l'omission des femmes le laisse debout et diminue seulement la part des institués.

§ III.

Droit de Justinien.

Justinien vient encore modifier la théorie de l'exhérédation en la ramenant à des règles d'une grande simplicité.

Personnes qui doivent être exhérédées. — Quant aux descendants qu'il est nécessaire d'instituer ou d'exhéréder, l'empereur consacre la théorie prétorienne. Seulement l'omission de l'enfant adopté par un *extraneus* est désormais permise à l'adoptant tandis qu'elle est défendue au père naturel; cette unique réserve dérive de l'innovation qui maintient cet enfant dans sa famille originaire (*Inst.*, L. I, t. XI, *De adopt.*, § 2; L. II, t. XIII, *De exher. liber* , § 5, *in fine*. — *supra*, p. 72).

Formes de l'exhérédation. — L'exhérédation doit toujours être *nominative* quel que soit le degré ou le sexe des descendants, l'ex-

hérédation collective ou *inter cæteros* est prohibée dans tous les cas (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 5, *in medio.* — L. 4, C., *De liberis*, 6-28).

Sanction de l'exhérédation. — L'omission ou l'exhérédation irrégulière entraîne dans tous les cas la nullité immédiate du testament; cette nullité est même définitive en ce sens que le prédécès du descendant omis ne validerait pas le testament. Justinien consacra en effet la doctrine sabinienne que le préteur avait cependant abandonnée (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, pr., § 5).

DEUXIÈME SECTION.

PLAINTE D'INOFFICIOSITÉ.

(*Inst.*, L. II, t. XVIII.)

La théorie de l'exhérédation était sans doute une restriction apportée par la jurisprudence à la toute-puissance que la loi décemvirale avait reconnue au testateur. Mais elle n'était ni assez énergique ni assez large : elle n'était pas assez *énergique*, puisqu'en définitive elle n'aboutissait qu'à une simple formalité; elle n'était pas assez *large*, puisqu'elle ne protégeait que les descendants en puissance, encore même ne pesait-elle pas sur la mère ni sur les ascendants maternels (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7).

La liberté de tester reçut une plus grave atteinte de la *querela inofficiosi testamenti*. On appelle *inofficiosum* tout ce qui est contraire aux *officia*, c'est-à-dire aux devoirs du sang ou de la reconnaissance. Par conséquent, le *testamentum inofficiosum* est un testament conforme aux principes du droit civil, mais qui viole les sentiments de la piété entre parents; c'est la définition qu'en donne le jurisconsulte Paul : *Inofficiosum dicitur testamentum, quod, frustra liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* (*Paul*, S., L. IV, t. V, § 1. — Conf., *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, pr.).

La *querela inofficiosi testamenti* constitue donc une action en rescision du testament, ouverte à certains héritiers *ab intestat* que le testateur a dépouillés dans une forme régulière, mais sans motifs sérieux.

La *querela* eut sa source dans un progrès des mœurs et fut d'ori-

gine coutumière; aucune loi formelle ne l'établit (1). Les jurisconsultes, forcés de prendre un détour, la fondèrent sur le prétexte qu'un testament réprouvé par la nature est nécessairement l'œuvre de la folie : *hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent.* Mieux aurait valu se contenter de la justification morale d'une telle institution, que d'en alléguer un motif juridiquement inacceptable; car le testament d'un fou serait nul de plein droit, tout entier, et sans retour, tandis que l'inofficiosité le rend seulement annulable, quelquefois même pour partie (*Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, pr.).

La *querela inofficiosi testamenti* était déjà connue et pratiquée au temps de Cicéron (*In Verrem,* II, 42. — Valère Maxime, *Facta memorabilia,* VII, 7, nº 2) (2).

§ I.

Conditions de la plainte d'inofficiosité.

Le droit d'intenter la *querela* est subordonné à trois conditions précises. Il faut d'abord que le réclamant appartienne à une certaine catégorie d'héritiers *ab intestat* particulièrement favorisés et qui s'appellent héritiers *légitimaires*. Il faut, en second lieu, qu'il ait été exclu sans raison sérieuse et qu'il n'ait pas reçu par acte de dernière volonté le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*. Il faut enfin qu'il ne trouve, soit dans la législation civile, soit dans le droit prétorien, aucune autre voie pour obtenir sa *légitime*.

I. — **Qualité de légitimaire.** — La première condition, c'est d'avoir une vocation à l'hérédité *ab intestat,* dans une classe déterminée.

Quiconque n'a pas de vocation à l'hérédité *ab intestat* est sans intérêt à réclamer, contre le testament, une succession qu'il ne doit pas recueillir; en termes plus nets, il ne peut se prétendre

(1) Certains commentateurs, et parmi eux Cujas, ont cru à tort que la *querela inofficiosi testamenti* dérivait d'une certaine loi *Glitia;* ils se sont uniquement fondés, sans autre preuve, sur l'inscription d'un fragment de Gaius, la loi 4, D., *De inoff. test.*, 5-2, qui porte : *Ad legem Glitiam* (Cujas, *Opera omnia,* t. IV, p. 365).

(2) La théorie de la plainte d'inofficiosité est assurément l'une des plus importantes et des plus intéressantes du droit romain, car on y retrouve l'origine et le germe de notre réserve héréditaire (Conf., C. C., art. 913-930).

dépouillé. Mais que la vocation soit civile ou prétorienne, qu'on agisse en qualité d'héritier du droit civil ou de *bonorum possessor*, il n'importe (L. 6, § 1, D., *De inoff. test.*, 5-2).

Du reste, tous les héritiers *ab intestat* ne sont pas sur la même ligne, et la *querela* n'appartient qu'à trois classes de successibles : 1° aux descendants; 2° aux ascendants; 3° aux frères et sœurs, sous certaines restrictions (*Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 1. — Conf., C. C., art. 913, 915, 916).

1° *Descendants.* — Le droit de faire tomber le testament comme inofficieux appartient d'abord aux descendants du testateur quel que soit leur degré et quel que soit leur sexe ; la seule condition exigée d'eux, c'est qu'ils viennent à la succession du défunt (*Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, pr.).

La progression historique de l'institution offre ici trois degrés faciles à discerner. Il est très probable que la plainte d'inofficiosité fut créée dans l'intérêt unique des héritiers siens du droit civil, régulièrement exhérédés ; on y vit une conséquence logique de leur copropriété dans les biens paternels. Plus tard, quand le préteur eut étendu la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation à tous les descendants *per masculos*, la plainte d'inofficiosité leur fut donnée sans distinction, indépendamment du titre d'*heredes sui* ; on ne considérait déjà plus la *patria potestas* comme la cause unique des devoirs du père, on les faisait aussi dériver des liens du sang. Enfin, dans une période certainement postérieure, furent admis à la *querela* les descendants omis par un ascendant qui n'avait pas l'obligation civile ou prétorienne de les instituer ou de les exhéréder, c'est-à-dire par la mère, par un ascendant maternel de l'un ou de l'autre sexe, et par une ascendante paternelle (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7; t. XVIII, *De inoff. test.*, pr., § 1).

Dès lors la *querela* se fonde également, pour tous les descendants, non sur un droit de copropriété, mais sur un titre naturel de préférence injustement méconnu.

2° *Ascendants.* — Les ascendants omis par leurs descendants ont également le droit de se prévaloir de la *querela inofficiosi testamenti*. De même que le testateur viole l'*officium pietatis* en n'instituant pas son descendant, de même il y contrevient en omettant son ascendant; la *querela* ne peut s'expliquer ici que par cette relation mutuelle de devoirs (L. 15, pr., D., *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 1).

Il faut d'ailleurs supposer que le descendant testateur ait été *sui juris;* car autrement il n'aurait eu la faculté de tester que *de peculio castrensi*, et le testament échapperait à la plainte d'inofficiosité, parce que ce pécule ne fait pas l'objet d'une succession *ab intestat* (L. 10, D., *De castrensi pecul.*, 49-17) (1).

3° *Frères et sœurs.* — Enfin la plainte d'inofficiosité appartient encore aux frères et sœurs du défunt, mais seulement dans un cas unique. A l'époque classique, les frères et sœurs germains participaient seuls à la *querela ;* Justinien étendit le bénéfice de cette action aux frères et sœurs consanguins, puis, par une Novelle postérieure, aux frères et sœurs simplement utérins, si bien que, dans le dernier état du droit, il n'y a plus aucune distinction à faire (L. 27, C., *De inoff. test.*, 3-28. — Nov. 118).

Toutefois, la plainte d'inofficiosité ne fut admise, pour cette troisième catégorie de successibles, qu'autant que l'institué était une *persona turpis*, c'est-à-dire une personne notée d'*infamia* ou dont l'*existimatio* ne semblait pas intacte; tels étaient : les affranchis, les comédiens et les *feminæ probosæ*. Cette grave différence, entre les parents en ligne directe et les collatéraux du premier degré, date probablement de Constantin, bien qu'on en relève des traces dans quelques textes du Digeste sans doute interpolés (L. 27, C., *De inoff. test.*, 3-28. — *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 1).

Dévolution de la querela. — Chaque fois qu'il y a dévolution de l'hérédité *ab intestat* au profit de l'une des personnes des trois classes favorisées, il y a aussi dévolution de la *querela*. Par exemple, un fils émancipé meurt, en laissant son père et des enfants tous exhérédés; c'est à ces derniers qu'appartient la plainte d'inofficiosité contre son testament; mais s'ils y renoncent ou s'ils y échouent, elle passe au père (L. 14; L. 31, D., *De inoff. test.*, 5-2).

II. — **Défaut de la quarte.** — Une deuxième condition doit se joindre à la qualité de légitimaire.

Il faut que, sans raison sérieuse, le successible n'ait pas reçu, par acte de dernière volonté, le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*. En appliquant ce principe aux descendants, on constate que l'ascendant ne peut jamais leur enlever plus des trois quarts de son patrimoine, et que, s'il y en a plusieurs, le partage

(1) Pomponius exprime très exactement cette idée, en disant : *Constat ne patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi* (L. 10, D., *De cast. pec.*, 49-17).

d'un quart doit être fait entre eux selon les proportions légales *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 7).

Le soin de prouver que l'exhérédation ou l'omission ne s'explique par aucun motif justifiable, et se trouve dès lors imméritée ou inique, incombe toujours au réclamant, d'après la règle générale de procédure : *actori incumbit probatio* (L. 28, C., *De inoff. test.*, 3-28) (1).

Les causes légitimes d'exhérédation ou d'omission ne sont d'ailleurs indiquées limitativement par aucun texte, et le juge, libre appréciateur en fait, pèsera les motifs de la sévérité du testateur (L. 11; L. 19, C., *De inoff. test.*, 3-28).

Le quart dû par le testateur s'appelle *quarta legitimæ partis*, plus simplement *quarta legitima*, ou *quarta*, ou *legitima;* de là viennent les expressions modernes de *légitime* et de *légitimaire.* La loi s'est arrêtée à ce chiffre, parce que le testateur, en instituant le successible, aurait pu le grever de legs jusqu'à concurrence des trois quarts de l'institution, et ne lui laisser ainsi qu'un quart de sa part héréditaire *ab intestat*, suivant la loi Falcidie. Or, l'exhérédation ne saurait lui être plus favorable que ne l'eût été l'institution. La quarte légitime dérive donc de la quarte Falcidie; aussi se calcule-t-elle de la même manière, et d'après les mêmes bases sur l'actif net des biens laissés au jour du décès, déduction faite des dettes, des frais funéraires et de la valeur des esclaves affranchis par testament. Elle disparaît, en conséquence, lorsque l'hérédité est insolvable (*Paul*, S., L. IV, t. V, § 6. — L. 6, C., *De inoff. test.*, 3-28) (2).

Le légitimaire doit recevoir sa quarte par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par testament (*institution, legs, fideicommis*), ou par donation à cause de mort. Les libéralités entre-vifs dont le testateur peut l'avoir gratifié, fussent-elles supérieures à la quarte, ne lui enlèvent pas la faculté d'intenter la *querela;* car les biens ainsi donnés n'entrent pas dans la masse dont le quart lui est dû.

(1) On a prétendu, en se fondant sur une constitution de Constantin mal interprétée, que l'ascendant omis qui veut intenter la *querela* contre le testament de son descendant n'a rien à prouver; ce serait alors à l'héritier institué à établir que l'exclusion de l'ascendant repose sur des motifs sérieux et suffisants (L. 28, C., *De inoff. test.*, 3-28). Mais cette doctrine, démentie par tous les principes, n'a pas prévalu.

(2) Les biens donnés entre-vifs ne rentrent pas dans le calcul de la quarte légitime (*Contra*, C. C., art. 922).

Le donateur aurait beau déclarer formellement que la libéralité entre-vifs s'imputera sur la quarte; la plupart des jurisconsultes classiques, les Constitutions impériales et Justinien ne tiennent pas compte de cette condition, par le motif que la renonciation du légitimaire à la *querela* ne serait pas entièrement libre (L. 16, D., *De suis et legit.*, 38-16. — *Paul*, S., L. IV, t. V, § 8. — L. 35, C., *De inoff. test.*, 3-28) (1).

Cependant plusieurs exceptions furent apportées à cette règle; Zénon décida que les donations *dotis causa* et les donations *propter nuptias* s'imputeraient sur la quarte; Justinien en fit autant pour les donations, *ad emendam militiam*, c'est-à-dire destinées à l'acquisition d'une charge militaire (L. 29; L. 30, C., *De inoff. test.*, 3-28. — *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 6).

Supplément de quarte. — Si le défunt avait voulu laisser la quarte, et qu'en fait, il eût laissé moins, le droit classique admettait quand même la *querela* pour le tout. Depuis Constantin, le testateur dispose en pleine sécurité, quand il ordonne expressément que la légitime, en cas d'insuffisance, sera complétée *boni viri arbitratu*. Mais Justinien fait un pas de plus et sous-entend la clause *ut quarta boni viri arbitratu repleretur* dans toutes les libéralités testamentaires ou qui s'imputent sur la quarte. Dès lors, l'attribution au légitimaire d'une portion quelconque de la succession, fût-ce le plus petit legs, suffit à lui fermer l'accès de la *querela*; il n'a plus que la faculté de réclamer le complément de sa *quarta legitimæ partis*, par une action purement personnelle, la *condictio ex lege* (L. 1, D., *De cond. ex lege*, 13-2. — L. 30, pr., § 1, C., *De inoff. test.*, 3-28. — *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 3) (2).

III. — **Impossibilité d'un autre recours.** — La *querela inofficiosi testamenti* est un remède extrême, car elle tend à infliger une sorte de flétrissure à la mémoire du défunt; elle suppose donc,

(1) Ulpien admettait au contraire la validité de cette clause et refusait par suite la *querela* au légitimaire donataire (L. 25, pr., D., *De inoff. test.*, 5-2); mais son opinion ne prévalut pas.

(2) Les différences sont très importantes entre la *querela* et la *condictio ex lege* donnée ici pour obtenir le supplément de la quarte. En effet, la *querela inofficiosi testamenti* est une action réelle, s'éteignant après un délai très bref, généralement intransmissible et dont l'insuccès fait perdre au légitimaire les libéralités qu'il a reçues du défunt. La *condictio ex lege*, au contraire, est une action personnelle, perpétuelle, transmissible et qui, dans l'hypothèse d'un échec, laisse intactes les dispositions testamentaires faites au profit du successible.

comme troisième et dernière condition, le défaut de toute autre voie, soit civile, soit prétorienne, ouverte au légitimaire pour obtenir le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat* (*Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 2).

Ainsi quand le testament se trouve nul, *injustum*, ou délaissé par les institués, *destitutum*, la *querela* est refusée au successible qui peut venir en qualité d'héritier légitime. On la refuse également à l'adrogé impubère et exhérédé qui est en droit de réclamer la quarte Antonine (*supra*, p. 68). Toujours, par application du même principe, la plainte d'inofficiosité est encore inaccessible aux descendants omis qui ont la ressource du *jus accrescendi* ou qui peuvent invoquer la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 8, § 10; L. 23, pr., D., *De inoff. test.*, 5-2).

§ II.

Nature et effets de la plainte d'inofficiosité.

I. — **Nature.** — La plainte d'inofficiosité, par sa nature juridique, se rapproche à la fois et de l'action d'injure et de la pétition d'hérédité.

Elle se rapproche de l'*actio injuriarum* par sa cause; car le légitimaire qui a été injustement exclu par le testateur se plaint en quelque sorte d'une injure qui lui a été faite. Aussi, comme nous l'avons dit, la *querela* n'est-elle ouverte au successible qu'à défaut de tout autre moyen; de plus, cette action s'éteint, ainsi qu'on le verra, par tous les faits qui d'ordinaire éteignent l'action d'injure.

Mais considérée dans son but, la *querela* est une véritable pétition d'hérédité, puisqu'elle a pour objet de rendre le testateur *intestatus* et de procurer la succession au réclamant; aussi rentre-t-elle dans la compétence du tribunal des Centumvirs. Cependant, à la différence de la pétition d'hérédité ordinaire, qui est ouverte contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*, la *querela* ne s'intente qu'envers un possesseur à titre d'institué. En outre, quand l'institué a demandé la *bonorum possessio secundum tabulas*, le légitimaire n'arrive à la *querela* qu'en demandant la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 17, D., *De inoff. test.*, 5-2. — L. 2, C., *De inoff. test.*, 3-28).

II. — **Effets.** — La *querela inofficiosi testamenti* produit un effet

général qui est de faire tomber le testament et de faire ouvrir, quand elle réussit, la succession *ab intestat.* Mais pour étudier en détail les conséquences pratiques de cette action, on doit distinguer suivant que le *querelans* échoue ou triomphe.

Echec de la querela. — Lorsque le légitimaire succombe, le testament s'exécute; il n'y a pas lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat.* Seulement, pour punir le *querelans* d'avoir voulu faire tomber le testament sans motifs sérieux, on lui enlève tout ce qu'il aurait pu retirer du testament, legs, fidéicommis, quartes Falcidie ou Pégasienne. Ces avantages lui sont confisqués pour indignité, et le fisc en profite à sa place, pourvu qu'il n'y ait pas substitution. Toutefois cette déchéance ne frappe que le *querelans* qui a lui-même, de son chef et pour son compte, intenté la poursuite injuste et qui y a persisté jusqu'au bout. Si donc un tuteur introduit la plainte au nom de son pupille, si l'héritier du réclamant continue l'action, si le demandeur se désiste ou fait défaut, on écarte la confiscation (L. 8, § 14; L. 22, §§ 2, 3, D., *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 5).

Succès de la querela. — Lorsqu'elle triomphe, la plainte d'inofficiosité amène la rescision totale ou partielle du testament.

Rescision totale. — La sentence du juge emporte de plein droit rescision totale, quand un seul légitimaire agit contre un seul institué, ou contre plusieurs institués qui succombent tous. Dans ce cas, il y a ouverture de la succession *ab intestat.* Le légitimaire en est saisi *ipso jure,* parce qu'il ne saurait répudier une hérédité qu'il a demandée; dès lors, soit à titre d'héritier, soit à titre de *bonorum possessor,* soit en l'une et l'autre qualité, il succède à tout l'actif et à tout le passif (L. 8, § 6, D., *De inoff. test.*, 5-2).

Comme corollaire de la même idée, les affranchissements et les legs contenus dans le testament sont non avenus; bien que ni les affranchis ni les légataires n'aient été mis personnellement en cause, on les considère comme représentés par l'institué. C'est une application rigoureuse de la règle qui fait dépendre de l'institution toutes les dispositions testamentaires; mais, c'est en même temps une dérogation au principe fort équitable qui restreint l'autorité de la chose jugée aux parties en cause. Pour éviter cependant une collusion frauduleuse entre le *querelans* et l'institué, on permet aux intéressés, légataires ou affranchis, d'intervenir dans l'instance ou d'interjeter appel de la sentence qui fait tomber le testament. D'ail-

leurs, on n'annule ni les affranchissements ni les legs, quand l'institué a fait défaut (L. 17, § 1; L. 29, D., *De inoff. test.*, 5-2; L. 14, D., *De appel.*, 49-1).

Du reste, la rescision n'a pas d'effets rétroactifs. Les acquisitions réalisées *interim* par l'esclave héréditaire appartiennent à l'institué, qui s'en trouve seulement débiteur envers le légitimaire. De même, si l'héritier testamentaire a payé les legs, le paiement a transféré la propriété aux légataires; mais ils sont, après la chute du testament, tenus de la *condictio indebiti*. Cette action est ouverte à l'institué lui-même, quand, à raison de son imprudence, il doit compte au légitimaire des valeurs employées. Elle est donnée *utiliter* au légitimaire, quand l'institué a payé les legs sans imprudence, et par suite sans responsabilité (L. 8, § 16, D., *De inoff. test.*, 5-2; L. 32; L. 33, D., *De hered. petit.*, 5-3) (1).

Rescision partielle. — La rescision peut n'être que partielle Ce résultat se produit notamment, lorsque la *querela* est intentée contre plusieurs institués dont les uns l'emportent et les autres succombent, lorsqu'un seul de plusieurs légitimaires soulève la plainte, ou lorsqu'un testateur, en omettant son frère, a institué deux personnes, l'une *honesta*, l'autre *turpis*, etc. (L. 15, § 2; L. 24; L. 29, D., *De inoff. test.*, 5-2).

Dans tous les cas, le *querelans* devient le cohéritier de celui ou de ceux des institués qui ne sont pas exclus. De là résultent l'indivision des choses corporelles et le partage de plein droit des créances et des dettes. Les legs sont réduits proportionnellement à la part héréditaire du *querelans*. Quand l'objet légué est indivisible, on tourne la difficulté; s'agit-il d'affranchissements, ils restent intacts, à la charge pour les affranchis de payer au légitimaire la valeur du droit de propriété qu'il aurait eu sur eux; s'agit-il de servitudes, elles ne sont pas ordinairement constituées, mais l'héritier testamentaire est tenu de fournir une indemnité proportionnelle aux légataires (L. 15, § 2, D., *De inoff. test.*, 5-2; L. 76, pr., D., *De legatis*, 2°, 31; L. 29, D., *De except. rei jud.*, 44-2) (2).

(1) L'héritier institué aurait par exemple commis une imprudence et, par suite, aurait engagé sa responsabilité s'il avait payé les legs au cours du procès intenté contre lui par le *querelans*.

(2) Le légitimaire reste cependant libre d'établir la servitude prédiale moyennant une indemnité que lui paiera le légataire; cette offre ne peut pas être refusée (L. 76, pr., D., *De legatis*, 2°, 31).

Il semble que l'hypothèse de la rescision partielle du testament déroge à la règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus, decedere potest*. Peut-être doit-on penser que cette maxime fléchissait toutes les fois que le concours des deux ordres d'héritiers n'était pas l'œuvre du testateur et provenait d'événements indépendants de sa volonté.

§ III.

Extinction de la plainte d'inofficiosité.

La *querela* se fondant sur une espèce d'injure, infligée par le testateur à son proche parent qu'il a omis ou déshérité sans raison sérieuse, il en résulte qu'à l'exemple de l'*actio injuriarum* elle disparaît ordinairement à la suite de tout fait qui prouve ou laisse présumer le pardon, c'est-à-dire l'abandon de l'action.

On peut ramener à trois les causes d'extinction de la plainte d'inofficiosité : la mort du légitimaire, l'expiration d'un certain délai et la renonciation.

1° *Mort du querelans.* — La mort du légitimaire éteint en principe l'action ; cependant ses héritiers sont admis à poursuivre la *querela*, s'il l'avait intentée et poussée jusqu'à la *litis contestatio* ; ils peuvent de plus, par dérogation aux règles ordinaires de l'action d'injure, l'introduire eux-mêmes dans l'hypothèse où leur auteur avait le projet certain de la former, *jam præparata controversia*. Justinien décide que le légitimaire mort dans les délais accordés à l'institué pour délibérer transmettra toujours son action à ses héritiers en ligne descendante (L. 6, § 2 ; L. 7, D., *De inoff. test.*, 5-2. — L. 34 ; L. 36, § 2, C., *De inoff. test.*, 3-28).

2° *Expiration d'un certain délai.* — La *querela* s'éteint en second lieu par l'expiration d'un certain délai ; ce délai d'abord fixé à deux ans fut ensuite porté à cinq ans. A cet égard, la plainte d'inofficiosité l'emporte encore sur l'action d'injure, qui est annale. Le délai court, non de l'instant du décès, comme le voulait Modestin, mais du jour seulement de l'adition ; Justinien consacre sur ce point l'opinion plus logique d'Ulpien (Pline, *Lettres*, V, 2. — L. 9, D., *De inoff. test.*, 5-2. — L. 36, § 2, C., *De inoff. test.*, 3-28).

Du reste, pour abréger l'incertitude, l'empereur exige en même temps que l'institué prenne un parti dans les six mois du décès, s'il

habite la même province que le *querelans ;* au cas contraire, dans l'année (L. 36, § 2, C., *De inoff. test.*, 3-28) (1).

3° *Renonciation.* — L'action peut encore s'éteindre par la renonciation, c'est-à-dire par tout acte qui implique de la part du légitimaire l'intention d'abdiquer son droit; la renonciation est expresse ou tacite. Elle est *expresse*, quand elle résulte d'une déclaration formelle de volonté ; il en est ainsi, notamment quand le légitimaire écrit sur le testament qu'il renonce à l'attaquer (L. 31, § 4, D., *De inoff. test.*, 5-2).

Le plus souvent elle est *tacite* et résulte d'actes très divers, par exemple, d'un désistement de l'instance déjà engagée, ou de tout acte qui implique adhésion au testament. Telle serait l'acceptation que ferait le légitimaire d'un legs ou de toute autre libéralité laissée par le testateur, pourvu qu'il la recueillit dans son propre intérêt ; car il est bien évident qu'un tuteur exhérédé par son père ne perd pas, en acceptant un legs adressé au pupille, le droit d'intenter la *querela* pour son compte personnel. Il y aurait encore renonciation tacite opposable au légitimaire si celui-ci soutenait à titre d'avocat ou de *procurator ad litem* la demande d'un légataire dirigée contre l'héritier institué (L. 8, § 1 ; L. 23, § 1 ; L. 32, pr., D., *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 4).

On peut se demander si les causes d'extinction de la plainte d'inofficiosité s'appliquent à l'action en complément de la quarte. L'affirmative est certaine pour la renonciation ; quant aux autres, aucun texte ne s'en explique, et il n'est pas permis d'étendre une déchéance par induction.

§ IV.

Droit des Novelles.

Après la promulgation des Institutes et du Code, Justinien modifia la théorie du testament inofficieux sur quatre points essentiels :

(1) Les textes nous apprennent cependant que le légitimaire peut exceptionnellement se faire relever de la déchéance résultant de l'expiration du délai de cinq ans, pourvu qu'il puisse invoquer des motifs graves et sérieux, *magna et justa causa.* Mais alors, les affranchis conservent la liberté qu'ils tenaient du testament, sauf à payer chacun vingt aurei (soit environ 400 fr. de notre monnaie) au légitimaire (L. 8, § 17, D., *De inoff. test.*, 5-2).

1° au point de vue de la quotité de la légitime; 2° relativement à la manière dont le légitimaire doit recevoir sa quarte; 3° au point de vue de la détermination des causes d'exhérédation; 4° enfin, quant aux effets de la *querela*.

1° *Quotité de la légitime.* — Le chiffre de la légitime est augmenté, au moins en faveur des enfants, il est fixé à la moitié de la succession lorsqu'ils sont plus de quatre, au tiers dans le cas contraire. Un enfant unique peut donc avoir une légitime égale à celle de quatre enfants ensemble; de plus, s'il y a cinq enfants, chacun d'eux aura un dixième, tandis que, si l'on en suppose quatre, la part virile ne sera que d'un douzième. Cette combinaison est évidemment défectueuse. Elle laisse d'ailleurs irrésolues d'assez graves questions; ainsi les petits-enfants d'un fils prédécédé sont-ils comptés par têtes, ou pour un seul? la légitime des ascendants est-elle portée au tiers, ou maintenue à l'ancien taux? Justinien aurait bien dû s'en expliquer (Nov. 18, ch. 1. — Conf., C. C., art. 914) (1).

2° *Nature de la légitime.* — La légitime ne peut arriver à l'enfant par une disposition *mortis causa* quelconque. Il faut absolument l'instituer, ne fût-ce que pour un objet particulier; alors il réclamera le complément, non plus par une action personnelle, mais par une véritable pétition d'hérédité, puisqu'il doit avoir sa quotité à titre d'héritier. Cette innovation d'ailleurs n'est pas toujours avantageuse à l'enfant; car elle le soumet nécessairement aux embarras de la succession, que le testateur était maître auparavant de lui épargner en lui laissant la quarte par legs (Nov. 115, ch. 3, 4).

3° *Indication des causes d'exhérédation.* — Les causes justificatives de l'exhérédation ou de l'omission sont enlevées à l'appréciation du juge et limitativement énumérées par Justinien; il y en a quatorze pour les descendants, huit pour les ascendants, trois pour les frères et sœurs: Le testament doit toujours en préciser une à l'appui de l'exclusion prononcée par le disposant (Nov. 22, ch. 47; 115, ch. 3, 4).

4° *Effets de la querela.* — La rescision du testament n'entraîne plus que la chute de l'institution, sans toucher aux legs ni aux

(1) L'opinion généralement dominante enseigne que les petits-enfants doivent compter pour une seule tête et que la légitime des ascendants doit être portée au tiers.

autres dispositions testamentaires; le *querelans* devient pour ainsi dire héritier à la place de l'institué (Nov. 115, ch. 3, § 14).

APPENDICE.

EXTENSION DE LA PLAINTE D'INOFFICIOSITÉ AUX DONATIONS.

Comme on vient de le voir, la légitime n'était due que sur l'hérédité, c'est-à-dire sur les biens laissés au décès. Le père de famille pouvait donc, en abusant des libéralités entre-vifs, dépouiller impunément les légitimaires (*Contra*, C. C., art. 920 et s.).

Un premier correctif fut apporté à cet abus par la loi Cincia; mais ce tempérament était insuffisant pour plusieurs motifs. D'abord le donateur n'avait qu'à multiplier indéfiniment le nombre des donations inférieures au *modus legis Cinciæ* pour absorber tout son patrimoine. Ensuite, il n'avait qu'à adresser ses libéralités aux *personæ exceptæ*, elles devenaient ainsi inattaquables. Enfin, il lui suffisait soit de se dessaisir entièrement, soit de persévérer dans son intention de donner, jusqu'à sa mort, pour enlever tout recours à ses héritiers (F. V., §§ 259, 299 et s. — *supra*, p. 248).

La loi Cincia ne protégeant pas d'une manière assez énergique la famille du disposant, on imagina une autre mesure de protection. On permit aux ascendants et descendants de poursuivre la rescision des donations qui les frustraient injustement de leur quarte héréditaire. Cette action empruntée à la théorie de la *querela inofficiosi testamenti* paraît avoir été créée par un rescrit de l'empereur Alexandre Sévère. Elle s'intente *ad exemplum inofficiosi* et les donations atteintes par la rescision s'appellent donations inofficieuses (L. 87, § 3, D., *De legatis*, 2°, 31).

La rescision peut être demandée sans distinguer si le disposant a laissé ou n'a pas laissé de testament; d'ailleurs, elle n'aboutit pas nécessairement à l'anéantissement complet de la donation, elle n'est accordée que jusqu'à concurrence de la quarte.

Du reste, la *querela inofficiosæ donationis* tire la plupart de ses règles de la théorie du testament inofficieux. C'est ainsi qu'elle n'appartient qu'aux légitimaires; c'est encore ainsi qu'elle n'est admise qu'à défaut de toute autre voie de droit. Enfin, elle suppose seulement le préjudice et n'exige pas la fraude de la part du

donateur (F. V., §§ 280, 281, 282. — L. 4, C., *De inoff. don.*, 3-29) (1).

CHAPITRE VI.

CAUSES QUI ANNULENT UN TESTAMENT RÉGULIER.

(*Inst.*, L. II, t. XVII.)

Le testament est régulier, *justum*, *jure factum*, lorsqu'il réunit toutes les conditions de forme et de fond. Dans le cas contraire, il est nul, *injustum, non jure factum*, quelquefois *imperfectum.*

Un testament régulier au début peut devenir inutile par des causes diverses, il peut être en effet *destitutum*, *ruptum* ou *irritum.*

Tantôt il manque son effet sans perdre sa validité, notamment par le prédécès ou la répudiation de l'institué, par la défaillance de la condition mise à l'institution, etc. On l'appelle alors *destitutum* (*Ulpien*, R., t. XXIII, § 4. — *Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*, pr. — Conf., C. C., art. 1043).

Tantôt il manque son effet en perdant sa validité. Un tel testament, devenu nul après coup, reçoit la qualification de *ruptum* ou d'*irritum;* ces deux termes sont techniques et s'appliquent à deux hypothèses qu'il faudra distinguer (*Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*, § 5).

§ I.

Testamentum ruptum.

Le testament est *ruptum* en général, quand l'inefficacité dérive d'une cause étrangère à l'héritier et qui ne modifie en aucune ma-

(1) Quelques interprètes, se fondant sur le § 270 F. V., qui suppose une donation faite *in fraudem filiorum*, ont émis la pensée que la rescision des donations inofficieuses exigeait la fraude. Une pareille théorie est inadmissible; elle trouve sa condamnation dans un texte qui permet à l'enfant de demander la rescision des donations antérieures à sa naissance; or, il est évident que le père ne pouvait avoir à ce moment aucune pensée frauduleuse. Quant à l'expression *in fraudem*, on sait qu'elle n'a pas un sens bien précis, souvent elle désigne simplement le *préjudice* (L. 5, C., *De inoff. donat.*, 3-29. — *Inst.*, L. I, t. VI, *Qui quibus ex causis man.*, § 3).

nière l'état ou la capacité du testateur, *in eodem statu manente testatore* (*Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus mod. test. inf.*, § 1).

La rupture du testament a lieu dans deux circonstances distinctes : 1° par la survenance d'un héritier sien ; 2° par la révocation du testament (*Ulpien*, R., t. XXIII, § 2).

I. — **Survenance d'un héritier sien.** — La survenance d'un héritier sien, *agnatio*, amène la rupture du testament, parce qu'en le supposant investi de cette qualité lors de la confection, il aurait fallu l'instituer ou l'exhéréder, et que sa venue tardive ne doit pas lui nuire. On connaît déjà la rigueur des anciens principes sur ce point, ainsi que la théorie qui finit par donner au testateur le moyen de prévenir le plus souvent la chute du testament par l'institution ou l'exhérédation des posthumes ou quasi-posthumes (*Gaius*, II, 138, 243 ; — *supra*, p. 302).

Si les Institutes reviennent ici sur la doctrine de l'*agnatio heredis sui* qui paraissait épuisée, c'est pour signaler une hypothèse où le danger redouble. En effet, la survenance d'un enfant adoptif, sans être la seule cause qui rompe le testament, rend au moins ce résultat plus certain que dans toute autre hypothèse. Le testateur peut bien exhéréder par avance les héritiers siens qui lui naîtront, mais non ceux qui lui viendront par adoption ; autrement dit, il ne peut les dépouiller d'un droit qui leur est encore tout à fait étranger. Mais, les jurisconsultes classiques attachent à l'institution antérieure de l'adopté l'effet préventif que n'a pas son exhérédation et ne voient pas une cause de rupture dans l'adoption de l'institué (L. 23, § 1, D., *De liberis*, 28-2. — *Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 1).

II. — **Révocation du testament.** — Un changement de volonté, fût-il hors de doute, ne suffit pas à révoquer un testament ; car la révocation est une disposition nouvelle qui change la personne de l'héritier, et peut-être la nature de l'hérédité. Cette règle générale est confirmée par une décision de l'empereur Pertinax, conforme à plusieurs rescrits de Sévère et d'Antonin sur la nécessité de conserver aux dispositions testamentaires toute leur valeur légale (*Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, §§ 7, 8. — Conf., C. C., art. 1035, 1038).

Le testateur a trois procédés de révocation :

1° Il peut d'abord détruire l'acte matériel qui contient ses dispositions testamentaires, par exemple, briser les tablettes ou déchirer

le parchemin. Il va sans dire que cette destruction doit être l'œuvre volontaire du testateur (L. 20, D., *De injusto test.*, 28-3).

2° Il peut encore révoquer son testament en le dénaturant, soit par la radiation volontaire de toutes les institutions, soit par la rupture des cachets (L. 1, § 3; L. 2, D., *De his quæ in test. del.*, 28-4).

3° Enfin le troisième moyen de révocation qui s'offre à lui, le plus pratique et le seul dont parlent les Institutes, c'est la confection d'un testament postérieur. La révocation se produit alors sans qu'il soit nécessaire que le second testament contienne une révocation expresse du premier ou renferme des dispositions incompatibles ou contradictoires (L. 20, D., *De injusto test.*, 28-3) (1).

Mais le second testament n'est révocatoire qu'à la condition d'être complet et régulier, c'est-à-dire de satisfaire à toutes les conditions de forme et de fond dont l'observation est prescrite à peine de nullité. Le droit classique investissait exceptionnellement de la même force le testament irrégulier en la forme, lorsqu'il instituait un héritier légitime ou lorsqu'il émanait d'un militaire (L. 2, D., *De injusto test.*, 28-3. — *Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, §§ 2, 7).

Le second testament une fois complet, le premier, bien qu'il subsiste en fait, sans altération, perd son efficacité d'une manière définitive. On n'a pas à se préoccuper de la destinée future du second testament; ne donnât-il pas même un héritier au testateur, par exemple, dans le cas de répudiation ou de prédécès de l'institué, il suffit qu'il ait pu le lui donner pour que le premier testament soit *ruptum* (*Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 2. — Conf., C. C., art. 1037).

Quoique *ruptum*, l'ancien testament produit quelquefois des effets remarquables, à raison d'une confirmation expresse ou tacite.

La confirmation *expresse* résultera d'une clause formelle inscrite dans le second testament; si le testateur a dit par exemple *ut priores tabulæ valeant*, le premier testament aura la valeur d'un codicille, et les dispositions en seront exécutoires comme fidéicommis. La

(1) L'art. 1036 du Code civil dispose, au contraire, que les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas les précédents d'une manière expresse n'annuleront dans ceux-ci que les dispositions incompatibles ou contraires. Cette différence entre le droit romain et notre législation s'explique par ce motif que le testament romain doit porter sur tout le patrimoine; dès lors, deux testaments successifs ne peuvent jamais s'exécuter cumulativement.

confirmation *tacite* résultera de ce que le testament postérieur ne contient qu'une institution d'héritier *ex certa re*, soit pour des objets déterminés, soit pour une simple fraction de l'hérédité; les empereurs Septime Sévère et Caracalla décidèrent en effet que la clause *ut priores tabulæ valeant* serait sous-entendue dans ce cas-là. La première institution est bien annulée, par l'application du principe qui répute non écrite, dans la seconde, toute mention restrictive de ce genre; mais l'intention de transformer l'institué primitif en fidéicommissaire à titre universel résulte de ce fait que le testateur, sans anéantir l'acte antérieur, limite les effets du second testament (L. 12, D., *De injusto test.*, 28-3; L. 29, D., *Ad senat. Treb.*, 36-1. — *Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 3).

Théodose le Jeune modifia complètement la théorie de la révocation des testaments en décidant qu'un testament serait révoqué de plein droit par la seule expiration du délai de dix ans. Cette innovation n'était pas seulement contraire aux principes généraux du droit, elle était en outre dangereuse, puisqu'il pourrait arriver qu'au bout de dix ans le testateur eût perdu, en fait, la capacité de tester (L. 6, C. Th., *De testamentis*, 4-1).

Aussi Justinien eut-il raison de la supprimer; il décida seulement que le laps de dix années confirmerait tout acte de révocation par lui-même dénué d'effets, pourvu que cet acte ait été rédigé en forme authentique (*apud acta*) ou devant trois témoins capables (*per testes idoneos non minus tribus*) (L. 27, C., *De testamentis*, 6-23. — Conf., C. C., art. 1035).

§ II.

Testamentum irritum.

Le testament est *irritum* lorsque la cause d'invalidité qui l'affecte modifie l'état ou la capacité du testateur; pour parler un langage plus technique, le testament devient *irritum* lorsque le disposant a subi une *capitis deminutio* (*Gaius*, II, 145. — *Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test.*, § 4).

Que tel soit le résultat de la *maxima* et de la *media capitis deminutio*; rien de plus naturel, puisqu'en supprimant la liberté ou le droit de cité, elles suppriment du même coup la *factio testamenti* active. Mais cette conséquence découle aussi de la *minima capitis*

deminutio ; elle se rattache alors à l'idée trop subtile que le *capite minutus* a perdu sa personnalité antérieure (*Gaius*, III, 153).

En principe, pour que le testament devienne *irritum*, il faut que le testateur ait subi la *capitis deminutio* avant sa mort. Cette règle reçoit néanmoins deux exceptions : 1° poursuivi pour crime capital, le testateur se suicide en aveu de son crime, *ob conscientiam delicti*; 2° accusé de conspiration ou d'attentat contre l'État ou le prince, c'est-à-dire *perduellionis reus*, il meurt d'une manière quelconque, avant la sentence, et sa mémoire est ensuite condamnée. Dans l'un et l'autre cas, les biens du défunt passent au fisc (L. 6, §§ 7, 11, D., *De injusto test.*, 28-3; L. 11, D., *Ad leg. Juliam*, 48-4).

Si le testateur frappé d'une *maxima* ou *media capitis deminutio* obtient du prince la *restitutio per omnia*, son testament redevient valable même en droit civil (L. 6, § 12, D., *De injusto test.*, 28-3).

Exception. — Enfin, par dérogation au droit commun, le testament qu'un fils de famille a fait *de peculio castrensi* ne devient pas *irritum* à la suite de son émancipation ou de son adoption, alors même que, revenu du service depuis plus d'un an, il a été dépouillé des privilèges militaires. D'accord sur la décision, les jurisconsultes romains ne s'accordent pas sur les motifs. Le meilleur à donner est peut-être celui qu'indique Ulpien; le testateur, étant réputé père de famille à l'égard du *peculium castrense*, se retrouve après l'émancipation ou l'adoption dans la même situation juridique, il reste donc investi des mêmes droits sur ces biens (L. 6, § 2, D., *De injusto test.*, 28-3; L. 22, D., *De test. militis*, 29-1).

Mais en vertu de l'axiome *nemo partim testatus...*, l'effet du testament de l'émancipé ne restera par limité aux *bona castrensia*, et comprendra tout le patrimoine que laissera ce fils à son décès (L. 19, § 2, D., *De castrensi peculio*, 49-17. — *Inst.*, L. II, t. XI, *De militari testamento*, § 5).

§ III.

Tempéraments prétoriens.

Un testament *ruptum*, *irritum* ou même *injustum* conserve en certains cas sa force aux yeux du préteur, qui le fait exécuter *jure prætorio*.

Deux conditions sont toujours requises : 1° le testament doit présenter les formes prétoriennes, c'est-à-dire qu'il doit être revêtu des cachets des sept témoins; 2° le testateur doit être mort citoyen romain et *sui juris*, c'est-à-dire investi du droit de tester, sinon de l'exercice de ce droit. En d'autres termes, le préteur n'exige la *factio testamenti* qu'aux deux époques de la confection et du décès, tandis que la loi civile l'exige sans discontinuité dans tout l'intervalle (*Gaius*, II, 147. — *Ulpien*, R., t. XXIII, § 7. — *Inst.*, L. II, t. XVII, *Quibus modis test. inf.*, § 6).

Ces deux conditions fondamentales suffisent, lorsque l'acte testamentaire est devenu *irritum* par la *maxima* ou *media capitis deminutio* de son auteur. Mais dans toute autre hypothèse, il doit s'y ajouter quelque circonstance supplémentaire.

Ainsi, quand le testament est *ruptum* par la confection d'un testament postérieur, l'exécution prétorienne du premier suppose qu'il existe encore en fait, et que pour lui rendre vigueur, le testateur a détruit le second. De même, lorsque c'est une *minima capitis deminutio* qui a rendu le testament *irritum*. Il faut alors que le testateur, redevenu *sui juris*, ait manifesté la volonté de maintenir ses dispositions antérieures. Enfin le testament *injustum* d'une femme qui a testé *sine auctoritate tutoris*, n'est validé par le préteur qu'en l'absence d'héritiers légitimes (*Gaius*, II, 118, 119. — L. 12, pr., D., *De injusto test.*, 28-3; L. 11, § 2, D., *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

D'ailleurs, les institués que le magistrat appelle ainsi à la succession, malgré la révocation ou la nullité civile du testament, ne sont pas des *heredes* proprement dits; ils ne sont qu'héritiers prétoriens, *bonorum possessores;* ils ne sont pas investis de l'hérédité, ils n'ont que la *bonorum possessio secundum tabulas* (*Ulpien*, R., t. XXIII, § 6).

CHAPITRE VII.

ACQUISITION OU RÉPUDIATION DE L'HÉRÉDITÉ; CLASSIFICATION DES HÉRITIERS.

(*Inst.*, L. II, t. XIX).

L'ouverture et l'acquisition de l'hérédité sont deux choses profondément distinctes.

L'*ouverture* de l'hérédité est la détermination du moment où le droit successoral peut être acquis. Dans la succession testamentaire, ce moment arrive au décès du testateur pour l'institution pure et simple, et pour l'institution conditionnelle à l'événement de la condition suspensive. Dans la succession *ab intestat*, il y a ouverture de l'hérédité lorsqu'il devient certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire (*Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab intest.*, pr.).

Quant à l'*acquisition* de l'hérédité, c'est la réalisation de la vocation successorale.

A ce point de vue, les héritiers se divisent en trois classes : héritiers nécessaires, héritiers siens et nécessaires, héritiers externes ou volontaires. Pour les héritiers des deux premières classes, l'ouverture et l'acquisition de l'hérédité se confondent, en ce sens qu'ils sont saisis de plein droit, et qu'ils continuent bon gré, mal gré la personne du *de cujus*; la succession leur est imposée. Au contraire, les héritiers de la troisième classe ont le choix d'accepter ou de répudier la succession; l'hérédité leur est simplement offerte. Bref, l'acquisition est forcée pour les uns, et facultative pour les autres. En règle générale, les héritiers sont volontaires (*Gaius*, II, 151. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, pr. — Conf., C. C., art. 775).

PREMIÈRE SECTION.

HÉRITIERS NÉCESSAIRES.

(*Inst.*, L. II, t. XIX, § 1.)

La classe des héritiers nécessaires, *heredes necessarii*, comprend les esclaves institués par leur maître; *Necessarius heres est servus heres institutus* (*Inst.*, L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 1, *in principio*) (1).

Conditions requises pour être héritier nécessaire. — En supposant un esclave régulièrement institué par son maître, la loi romaine requiert en outre deux conditions pour qu'il soit *heres necessarius*.

1° Il faut d'abord que l'esclave reçoive la liberté de la volonté libre du maître. Si donc le *dominus* était tenu de l'affranchir, par exemple, en exécution d'un fidéicommis ou parce qu'il l'avait acquis sous cette réserve, le *servus* ne serait pas héritier nécessaire (L. 84; L. 90, D., *De hered. inst.*, 28-5).

2° Il faut en second lieu que la liberté soit acquise à l'esclave en vertu même du testament et au même instant que l'hérédité. Car s'il était encore esclave à l'instant où le testament lui défère l'hérédité, il ne deviendrait pas héritier; et, s'il était déjà libre, il pourrait bien devenir héritier, mais non pas nécessaire. Pour obtenir simultanément la liberté et l'hérédité, l'esclave doit avoir appartenu *ex jure Quiritium* au testateur au double moment de la confection du testament et de l'ouverture de la succession par le décès, on n'examine pas ce qu'il a pu devenir dans l'intervalle. On se rappelle aussi que le droit classique exigeait un legs formel de liberté, et que Justinien voit un affranchissement tacite dans le seul fait de l'institution (*Gaius*, II, 186, 187. — L. 49; L. 50, D., *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, pr.).

Tant que dura la propriété prétorienne, l'institution et la manumission d'un esclave qu'on avait seulement *in bonis* ne le rendaient

(1) L'ancien droit connut encore une autre classe d'héritiers nécessaires, les individus *in mancipio* que l'on assimilait aux esclaves (*Gaius*, II, 160).

pas héritier nécessaire, car il ne devenait que Latin, *quod non proficit ad hereditatem capiendam* (*Ulpien*, R., t. XXII, § 8).

Situation civile de l'héritier nécessaire. — L'obligation de recueillir l'hérédité est une charge que la loi impose à l'esclave, par interprétation de la volonté du testateur; car le maître, en l'affranchissant, a la faculté de surbordonner l'acquisition de la liberté à des conditions spéciales et à des obligations déterminées.

Quand la succession est solvable, l'esclave trouve un avantage à l'acquérir de plein droit et définitivement au moment du décès. Mais s'il faut en croire les Institutes, l'esclave n'est guère institué qu'en vue d'une succession insolvable. Considérée sous cet aspect, sa qualité d'héritier nécessaire le met dans une situation doublement fâcheuse : 1° d'une part, les créanciers du défunt font procéder à la *venditio bonorum* des biens héréditaires sous le nom de l'héritier; c'est donc l'esclave, non le *de cujus* que frappe l'infamie légalement attachée à la *bonorum venditio;* cette règle choquante ne disparut qu'avec l'usage de la vente en masse, après l'époque classique; 2° d'autre part, lorsque le prix de la succession vendue ne suffit pas à payer toutes les dettes, l'esclave reste personnellement tenu pour le surplus; les créanciers du testateur, devenus ses créanciers, ont donc le droit de vendre ce qui lui arrive plus tard pour une cause quelconque, et de le soumettre par suite à toutes les mesures d'exécution autorisées contre un débiteur insolvable (*Gaius*, II, 154. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 1).

Il est dès lors évident que l'acquisition forcée de la liberté et de l'hérédité ne constitue pas toujours un bienfait pour l'esclave, et ne profite le plus souvent qu'au testateur, assuré de ne pas mourir intestat.

Jus separationis. — Le préteur, fidèle à sa mission qui était de corriger les conséquences rigoureuses ou iniques du droit quiritaire, est venu au secours de l'héritier nécessaire en créant pour lui le *jus separationis*.

C'est un bénéfice que le *necessarius heres* acquiert en le demandant au magistrat, avant toute immixtion dans les biens du défunt (L. 1, pr., § 18, D., *De separationibus*, 42-6) (1).

(1) Si cependant l'héritier nécessaire était mineur de vingt-cinq ans et qu'en fait il se fût immiscé dans la succession, il pouvait se soustraire à la déchéance qui le frappait de droit commun, on obtenant la *restitutio in integrum ob ætatem* (L. 7, § 5, D., *De minoribus*, 4-4).

Il y gagne d'échapper à toute obligation personnelle envers tous les créanciers héréditaires, y compris même le fisc. En conséquence, ses acquisitions ultérieures défieront leur poursuite, pourvu qu'elles ne proviennent pas de sa qualité d'héritier, *ex causa hereditaria*. Toutefois, ce bénéfice ne supprime pas le titre héréditaire du *servus necessarius;* celui-ci reste encore héritier et en cette qualité soumis à toutes les conséquences que la *bonorum separatio* n'écarte pas formellement (*Gaius*, II, 155; III, 56, 58. — L. 1, § 4, D., *De separat.*, 42-6) (1).

DEUXIÈME SECTION.

HÉRITIERS SIENS ET NÉCESSAIRES.

(*Inst.*, L. II, t. XIX, § 2.)

A la différence des héritiers nécessaires dont l'existence suppose toujours un testament, les héritiers siens et nécessaires, *heredes sui et necessarii,* peuvent indistinctement se rencontrer dans la succession testamentaire et dans la succession légitime.

Détermination des héritiers siens et nécessaires. — Pour déterminer les héritiers siens et nécessaires, il suffit de se reporter à la théorie de l'exhérédation. La qualité d'héritier sien appartient donc aux descendants qui se trouvaient, réellement ou par fiction, sous la puissance immédiate du testateur au moment du décès, et que sa mort rend *sui juris.* Rentrent dans cette définition les enfants même adoptifs, la femme et la bru *loco filiæ vel neptis* au temps classique, et les posthumes légitimes ou Aquiliens. Mais ce titre fait défaut aux émancipés, et à tous les petits enfants qui doivent retomber sous une autre puissance (*Gaius*, II, 156; III, 2. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 14. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 2).

On ne doit pas rechercher si le descendant acquiert la succession par lui-même ou par l'intermédiaire de son propre enfant *in potestate* ou de son esclave; il suffit qu'elle lui soit acquise dès son ouverture (L. 6, § 5, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

(1) L'*heres necessarius* pourrait également, grâce au *jus separationis,* soustraire à la poursuite des créanciers héréditaires *quod ei a testatore debetur,* c'est-à-dire les créances naturelles qui, en raison de leur provenance, ne sont pas entrées dans le pécule, ou les legs à lui faits par des tiers et soumis à la condition *si servus liber factus erit* (L. 1, § 18, D., *De separat.*, 42-6).

Il faut savoir d'ailleurs que les descendants institués par le père de famille sous une condition potestative échappent à la règle; car le testateur a précisément voulu leur épargner l'acquisition forcée et les mettre dans la classe des héritiers volontaires (L. 86, § 1, D., *De hered. inst.*, 28-5).

Situation civile des héritiers siens et nécessaires. — Tandis que l'esclave n'est que *necessarius heres*, les descendants sont en même temps *sui et necessarii;* la raison en est sans doute qu'étant considérés même *vivo patre* comme copropriétaires du patrimoine de la famille, ils se succèdent, pour ainsi dire, à eux-mêmes. Pour le même motif, ils se trouvent saisis *ipso jure*, indépendamment de toute volonté et de toute acceptation. De là leur nom d'héritiers nécessaires (*Gaius*, II, 157. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 2).

A ce principe se rattachaient d'importantes conséquences. D'abord, le culte des *sacra privata* du défunt n'était jamais exposé à souffrir aucune interruption; en outre le descendant, même incapable de faire adition à cause de son *infantia* ou de sa folie, acquérait néanmoins la succession paternelle; enfin, l'héritier sien et nécessaire, malgré son décès immédiat, transmettait la succession à ses propres héritiers. Mais sa position avait une autre face moins brillante. Si l'hérédité était insolvable, la qualité de *necessarius* le soumettait à l'infamie qui dérivait de la *bonorum venditio,* comme à l'obligation de payer les dettes de la succession *ultra vires hereditarias;* en un mot, il était à ce point de vue sur la même ligne que l'esclave institué par son maître (L. 63, D., *De acq. vel om. her.*, 29-2. — Conf., C. C., art. 724) (1).

Jus abstinendi. — Le préteur était venu corriger les conséquences rigoureuses de la situation imposée par le droit civil à l'héritier nécessaire; il fit de même en créant le *jus abstinendi* pour l'héritier sien et nécessaire (2).

(1) Les héritiers siens et nécessaires et les héritiers nécessaires, investis *ipso jure* de la propriété des biens de la succession, étaient-ils en outre investis de plein droit de la possession de ces biens; avaient-ils en quelque sorte la saisine héréditaire? On l'a conjecturé depuis la nouvelle leçon donnée par Studmund de certains passages des Commentaires de *Gaius* (II, 58; III, 201). — Voir : Dubois, *Nouvelle revue historique de droit,* année 1880, p. 101 et s.; 427 et s. — (*supra*, p. 187).

(2) Gaius nous apprend que le *jus abstinendi* fut étendu aux individus *in mancipio* (*Gaius*, II, 160).

Ce bénéfice permettait aux descendants de rester en fait complètement étrangers à la succession de leur père; il tendait donc au même but que le *jus separationis ;* mais il en différait par la forme et par les effets. Une demande au magistrat n'était pas exigée pour l'obtenir; il suffisait d'une manifestation quelconque de la volonté de l'héritier; mais toute immixtion dans l'hérédité entraînait déchéance de ce droit d'abstention, si ce n'était pour les impubères, et réserve faite de la *restitutio in integrum* au profit des mineurs de vingt-cinq ans. En outre, tandis que le *jus separationis* n'exemptait pas l'héritier nécessaire de l'infamie attachée à la *bonorum venditio,* le *jus abstinendi* l'épargnait à l'héritier sien et nécessaire, en même temps qu'il l'exemptait de l'obligation indéfinie de payer les dettes héréditaires; la vente des biens de la succession se faisait alors sous le nom du défunt (*Gaius*, II, 158, 159. — L. 11; L. 12; L. 57; pr., § 1, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2) (1).

La succession dont s'abstient le *suus* passe par accroissement à ses cohéritiers, ou par dévolution aux successibles que sa présence écartait, et qui sont les substitués vulgaires ou les héritiers *ab intestat.* Mais ces résultats n'ont lieu que *jure prætorio;* au point de vue de la loi civile, le *suus* reste héritier, par application de la règle *semel heres, semper heres.* Entre autres conséquences, il résulte de là que : 1° les affranchissements directs ou fidéicommissaires demeurent efficaces; 2° si le produit de la vente des biens héréditaires dépasse le passif, l'excédent appartient au *suus;* 3° il peut revenir sur sa résolution et reprendre l'hérédité, jusqu'à la vente des biens réalisée par les créanciers ou l'adition faite par un autre successible. Justinien restreignit cette faculté; il fallut désormais l'exercer dans un délai de trois ans, qui court sans doute d'une déclaration d'abstention (L. 32, D., *De manum.*, 40-4; L. 6, pr., §§ 1, 2, D., *De rebus auct. jud.*, 42-5; L. 8, D., *De jure delib.*, 28-8. — L. 6, C., *De repud. vel abst. her.*, 6-31. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 2, *in fine*).

(1) Tout détournement frauduleux d'une *res hereditaria* empêcherait l'héritier sien et nécessaire de se prévaloir du *jus abstinendi;* que si le détournement a été commis, alors que l'héritier a déjà manifesté l'intention de s'abstenir, il pourra y avoir *furtum* (L. 71, §§ 4, 9, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — Conf., C. C., art. 792).

TROISIÈME SECTION.

HÉRITIERS EXTERNES OU VOLONTAIRES.

(*Inst.*, L. II, t. XIX, §§ 3-7).

On entend par *heredes extranei* ou *voluntarii* tous ceux qui ne rentrent pas dans les deux classes précédentes; *cæteri qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur* (*Inst.*, L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 3).

C'est à leur égard seulement qu'il faut distinguer l'ouverture et l'acquisition de l'hérédité. Ils se rencontrent indifféremment dans les successions testamentaires et légitimes.

L'héritier externe devait avoir la *factio testamenti* passive à une triple époque : 1° au jour de la confection du testament; 2° au jour de l'ouverture de l'hérédité, c'est-à-dire lors du décès si l'institution est pure et simple, et lors de l'événement de la condition dans le cas contraire; le maintien de la capacité n'est pas nécessaire entre ces deux dates, suivant la règle *media tempora non nocent;* 3° pendant tout le temps qui s'écoule entre l'ouverture de l'hérédité et l'adition; dans cette période, la moindre interruption de capacité devient fatale à l'institué, et le dépouille de sa vocation (L. 49, § 1, D., *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 4. — Conf., C. C., art. 725, 906, 1039, 1040).

Quant au *jus capiendi* de l'époque classique, il ne fut jamais exigé qu'au moment de recueillir l'hérédité, pourvu qu'il ne se fût pas écoulé plus de cent jours depuis l'ouverture de la succession (*supra*, p. 295).

§ I.

Droit d'option conféré à l'héritier externe. — Tempus deliberandi. — Hérédité jacente.

I. — **Option conférée à l'héritier externe.** — L'héritier externe ou volontaire n'est pas nécessairement héritier; la succession lui est simplement offerte, et alors il jouit d'un droit d'option. Il peut, à son choix, ou devenir héritier en acceptant l'hérédité, c'est-à-dire en faisant *adition*, ou se dépouiller de son titre héréditaire en re-

nonçant à la succession, c'est-à-dire en faisant une *répudiation* (*Gaius*, II, 162. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 5. Conf., C. C., art. 774-810).

Appelé à prendre parti sur la succession qui lui est déférée, il faut que l'héritier puisse réfléchir. Or le droit civil ne l'obligeait pas à se prononcer dans un temps donné; l'héritier externe pouvait donc retarder indéfiniment l'adition ou la répudiation, et pendant ce temps-là tout était en suspens. Le testateur pouvait seul l'y forcer, en l'instituant *cum perfecta cretione*. La *cretio* s'entendait, en ce sens, d'une déclaration faite par le testateur que son hérédité devait être solennellement acceptée dans un certain délai ordinairement de cent jours. La *cretio* était *perfecta*, lorsqu'elle avait pour sanction la perte de l'hérédité; l'absence de cette clause d'exhérédation lui valait le nom d'*imperfecta*. Si le délai ne comprenait que des jours utiles, la *cretio* était *vulgaris*; on appelait *continua* celle qui faisait courir le terme, sans interruption, de l'ouverture des droits héréditaires. L'institution de la *cretio* fut abolie dans le Bas-Empire, principalement par une constitution d'Arcadius, Honorius et Théodose (*Gaius*, II, 164 et s. — *Ulpien*, R., t. XXII, §§ 27-32. — L. 17, C., *De jure delib.*, 6-30).

II. — **Tempus deliberandi.** — Hormis cette hypothèse, le droit civil n'apportait aucune limite aux temporisations de l'héritier; mais le danger de l'*usucapio lucrativa pro herede* le stimulait indirectement à se presser. D'un autre côté, les personnes que son indécision tenait dans l'expectative, c'est-à-dire les cohéritiers, les successibles postérieurs, les légataires, et surtout les créanciers, pouvaient lui demander s'il acceptait (*an heres sit*), et le forcer à prendre un parti. Ces intérêts divers furent conciliés par le préteur; il fixa désormais à l'héritier une période pour délibérer et se prononcer, *tempus deliberandi*. Ce délai, habituellement de cent jours et jamais moindre, était accordé sur la demande de l'héritier lui-même, ou de ses créanciers, ou sans doute des autres intéressés. Jusqu'à l'expiration du *tempus deliberandi*, les créanciers n'avaient pas le droit de poursuivre l'héritier, ni de vendre les biens héréditaires. Mais le terme échu sans acceptation ni répudiation, l'héritier demeurait définitivement exclu de l'hérédité (*Gaius*, II, 167. — L. 5; L. 6, D., *De interrog. in jure*, 11-1; L. 1, § 1; L. 2, D., *De jure deliberandi*, 28-8; L. 69, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-1. — Conf., C. C., art. 789, 795, 800. — C. Proc., art. 174).

Dans le droit de Justinien, le *tempus deliberandi* concédé par le magistrat doit être de neuf mois, et l'empereur peut le porter jusqu'à l'année entière. En outre, faute d'une détermination prise dans le délai, l'héritier est réputé acceptant; cette innovation est fort grave en ce qu'elle contredit directement la dénomination et le caractère essentiel de l'héritier externe (L. 22, §§ 13, 14, C., *De jure delib.*, 6-30. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 5).

III. — **Hérédité jacente.** — Jusqu'à l'acceptation, l'hérédité demeure jacente; on comprend que ce résultat est impossible en présence d'un *suus* ou d'un *necessarius* à moins que leur institution ne soit conditionnelle.

Les biens de l'hérédité jacente sont en réalité des *res nullius*. Cette idée aurait dû logiquement amener des conséquences désastreuses, notamment l'impuissance pour les esclaves héréditaires d'acquérir quoi que ce soit, l'inexistence de l'*actio legis Aquiliæ* qui ne s'ouvre qu'au *dominus*, etc. Mais les jurisconsultes écartèrent ces inconvénients par la fiction célèbre *hereditas personam sustinet.* Pour les uns, l'hérédité représentait l'héritier futur; pour les autres, elle représentait le défunt. Ce fut la seconde opinion qui prévalut; on compléta dès lors la maxime en disant : *hereditas jacens personam defuncti sustinet* (L. 34, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1; L. 24, D., *De novat.*, 46-2. — Conf., C. C., art. 811-814).

§ II.

Répudiation et adition d'hérédité.

Pour accepter ou pour répudier, l'héritier doit avoir la même capacité et remplir les mêmes conditions; il en sera traité sur l'adition. Le parti qu'il a choisi d'ailleurs est irrévocable en principe. Cependant le préteur appliquait à ces actes si graves, au profit des mineurs de vingt-cinq ans, son institution bienfaisante de la *restitutio in integrum ob ætatem.* L'empereur Adrien permit exceptionnellement à des majeurs de revenir sur leur acceptation, quand elle était suivie de la découverte d'un passif onéreux, *grande æs alienum;* Gordien généralisa cette dérogation en faveur des militaires (*Inst.*, L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, §§ 5, 6. — Conf., C. C., art. 783, 790).

Répudiation de l'hérédité. — La répudiation est l'acte par le-

quel l'héritier externe manifeste l'intention d'abandonner son droit héréditaire.

Elle peut être expresse ou tacite : *tacite*, elle résulte de tout acte quelconque qui implique la volonté de renoncer, notamment, à l'époque classique, du silence que garde l'héritier pendant tout le délai de la *cretio perfecta* ou du *tempus deliberandi*. *Expresse*, elle se réalise par une déclaration formelle, *nuda voluntate;* ce dernier mode est seul applicable sous Justinien (*Gaius*, II, 168, 169. — L. 69, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 7. — Conf., C. C., art. 784).

La répudiation correspond, pour l'héritier externe, au *jus abstinendi* de l'héritier sien et nécessaire; seulement les effets en sont plus complets et plus énergiques. Elle rend l'institué absolument étranger à la succession, que peuvent dès lors recueillir, comme s'il n'eût jamais existé, les personnes appelées concurremment avec lui ou à son défaut. Lorsque tous les héritiers répudient, l'hérédité reste définitivement jacente, les créanciers font procéder à la *bonorum venditio* sous le nom de défunt (*Gaius*, III, 78. — Conf., C. C., art. 785, 786).

Adition de l'hérédité. — L'héritier ne saurait faire une adition valable, s'il ne connait sa vocation avec certitude, et s'il ne sait exactement à quel titre il est appelé. L'adition est donc nulle : 1° quand elle a lieu avant l'ouverture de l'hérédité, c'est-à dire du vivant du testateur ou *pendente conditione;* 2° quand l'héritier ignore la mort du *de cujus* ou l'événement de la condition, quand il se croit appelé *ab intestat* et qu'il est institué par le testateur, quand il suspecte la validité du testament, etc. (L. 13, § 1 ; L. 32; L. 46, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 7. — Conf., C. C., art. 791) (1).

(1) Deux exceptions furent apportées à ce principe que l'adition peut avoir lieu dès que l'hérédité est ouverte. D'une part, les lois Caducaires, afin de multiplier les causes de caducité des dispositions testamentaires, décidèrent que dans le cas où il y aurait plusieurs institués, l'adition ne pourrait plus se faire qu'après l'*apertura tabularum*, c'est-à-dire trois ou cinq jours après le décès (*Paul*, S., L. IV, t. VI, §§ 1, 2, 3. — *Ulpien*, R., t. XVII, § 1. — L. 21, D., *De cond. et dem.*, 35-1).

D'autre part, le sénatusconsulte Silanien, de l'an 763 de Rome, voulut que dans le cas où le défunt serait mort de mort violente, on soumît à la torture tous les esclaves dont le défunt était propriétaire et qui habitaient avec lui; jusque-là il était impossible de procéder à l'ouverture du testament ou à l'adition (L. 3, §§ 18, 29, D., *De senat. Silan.*, 29-5).

Caractère de l'adition. — L'adition est un acte essentiellement personnel et suppose normalement la volonté de l'institué lui-même. Les conséquences de ce principe sont importantes.

Si l'institué meurt avant de prendre un parti, sa vocation héréditaire ne passe point à ses propres héritiers, *hereditas non adita non transmittitur*. Cette règle, plus ou moins modifiée par certains empereurs, reçut finalement une atteinte sérieuse de Justinien; il voulut que tout héritier testamentaire ou légitime, mort dans le *tempus deliberandi* d'un an sans avoir répudié, transmît à ses héritiers quelconques le droit d'accepter la succession (L. 19, C., *De jure deliberandi*, 6-30. — Conf., C. C., art. 781) (1).

2° Les personnes incapables de volonté, comme l'*infans* et le *furiosus*, ou dont la volonté n'a pas de valeur légale, comme l'impubère *alieni juris*, ne peuvent faire une adition d'hérédité, et nul ne la peut faire à leur place. On sait que cette rigueur, déjà modérée par le droit classique, fut corrigée par Théodose à l'égard de l'*infans* et du fils de famille impubère. Justinien permit au curateur du fou de le remplacer dans l'adition (L. 63; L. 90, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — L. 7, § 3, C., *De curatore furiosi*, 5-70. — *supra*, p. 100).

Du reste, si l'adition suppose la volonté de l'institué lui-même, il n'est pas toujours le seul qui doive consentir; car on se rappelle que l'institué *alieni juris* n'accepte pas efficacement l'hérédité sans un *jussus* formel et spécial du *pater* ou du *dominus* (*Inst.*, L. II, t. IX, *Per quas pers.*, § 3).

Formes de l'adition. — Dans le droit classique, l'adition a lieu de trois manières, *cretione*, *nuda voluntate*, *pro herede gerendo*. On a déjà vu que la *cretio* s'entend quelquefois d'un délai fixé par le testateur et pendant lequel l'héritier doit faire adition; le même mot prend ici un autre sens, et désigne une formule solennelle d'acceptation, prononcée au cours de ce délai, dans les termes suivants : *Quod me Publius Mævius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*. Lorsque l'institution est faite *cum cretione perfecta*, l'institué n'acquiert l'hérédité qu'en prononçant la formule solennelle dans la période prescrite; autrement dit, il n'est pas

(1) Théodose et Valentinien avaient posé en principe que la règle *hereditas non adita non transmittitur* serait écartée toutes les fois que l'institué serait un descendant du testateur et qu'il mourrait avant l'ouverture du testament laissant lui-même des descendants pour héritiers (L. 1, C., *De his qui ant. ap. tab.*, 6-52).

libre alors de choisir entre les trois procédés d'adition (*Gaius*, II, 166-168. — *Ulpien*, R., t. XXII, §§ 27-30).

Du jour où fut abrogée la *cretio*, l'adition ne se réalisa plus que des deux autres manières. La *nuda voluntas* est une volonté qui s'exprime verbalement, sans aucune solennité; dans l'acception étroite, c'est là ce qu'on appelle l'adition proprement dite. *Pro herede gerere*, c'est accomplir des actes de maître sur la succession, par exemple, vendre ou louer un immeuble. A cet égard, l'intention est seule à considérer; ainsi, lorsque j'aliène la chose d'autrui, croyant aliéner une chose héréditaire, je gère *pro herede;* car j'ai cru agir en maître, c'est-à-dire en héritier (puisque les mots *dominus*, *herus*, *heres* sont synonymes). L'institué peut donc faire, sans accepter, des actes conservatoires et d'administration; mais la prudence lui conseille, comme aux *sui heredes* qui veulent conserver le *jus abstinendi*, de déclarer d'abord en présence de témoins qu'il n'entend pas *gerere pro herede* (*Paul*, L. IV, t. VIII, § 25. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 26. — L. 6, § 7; L. 21, § 1; L. 88, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2. — *Inst.*, L. II, t. XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 7. — Conf., C. C., art. 778, 779, 780).

Ces trois procédés excluent tout terme et toute condition; car l'adition figure au nombre des *actus legitimi* qui sont viciés par l'apposition de toute modalité suspensive ou résolutoire (L. 77, D., *De regulis juris*, 50-17).

Capacité requise pour faire adition. — Pour que l'adition soit régulière et valable, elle doit émaner d'un héritier capable de s'obliger, c'est-à-dire de faire sa condition pire. En conséquence, les femmes en tutelle et les pupilles sortis de l'*infantia* ne pourront pas faire adition sans l'*auctoritas* de leur tuteur. De même, les prodigues interdits et les mineurs de vingt-cinq ans en curatelle devront se munir du *consensus curatoris* (*Ulpien*, R., t. XI, §§ 22, 27. — L. 5, § 1, D., *De acq. vel om. her.*, 29-2. — Conf., C. C., art. 776).

La même capacité est exigée de celui qui veut répudier : *is potest repudiare, qui adquirere potest* (L. 18, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

§ III.

Effets de l'adition d'hérédité.

L'adition fait acquérir l'hérédité ; donc dès que l'héritier fait adition, il succède au défunt, non-seulement pour la portion qu'il accepte, mais aussi pour toutes celles qui peuvent ou pourront s'y trouver réunies à son insu ou même contre son gré par suite de l'incapacité ou de la répudiation de ses cohéritiers (L. 31 ; L. 53, § 1, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Quel que soit l'intervalle écoulé entre la mort du *de cujus* et l'acceptation de la succession, l'hérédité est censée recueillie au moment même du décès ; il n'y aura jamais eu d'interruption dans la personnalité juridique. Le défunt, par l'hérédité jacente, s'est en quelque sorte survécu à lui-même jusqu'au jour de l'adition, qui lui substitue l'héritier. Il n'est donc pas utile, pour expliquer la continuité de personne, d'attribuer un effet rétroactif à l'adition ; cette rétroactivité, supposée dans quelques textes, ne s'accorderait pas avec la doctrine prédominante qui voyait dans l'hérédité jacente la représentation du défunt. De toutes les conséquences qui paraissent se rattacher à la rétroactivité de l'adition une seule est incompréhensible sans elle : c'est la validité des stipulations faites par l'esclave héréditaire au nom de l'héritier futur ; peut-être, faut-il voir là une dérogation au droit commun, introduite *utilitatis causa* (L. 54, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2 ; L. 28, § 4, D., *De stipul. serv.*, 45-3. — Conf., C. C., art. 777).

Sur ces bases, l'adition produit trois résultats principaux : 1° elle investit l'héritier de tous les droits du défunt, à l'exception cependant de ceux qui sont intransmissibles par nature ; 2° elle opère confusion définitive et complète du patrimoine du défunt et du patrimoine de l'héritier, pour l'actif et le passif ; 3° elle oblige l'héritier à l'exécution de toutes les charges imposées par le testateur (*Inst.*, L. III, t. XXVII, *De oblig. quasi ex cont.*, § 5).

La confusion des patrimoines, provenant ainsi de l'adition, peut nuire à diverses classes de personnes : 1° à l'héritier, quand la succession est insolvable ; 2° aux créanciers de l'héritier, dans le même cas ; 3° aux créanciers du défunt, s'ils doivent, par suite de leur concours avec les héritiers sur le prix des deux patrimoines

confondus, obtenir moins qu'ils n'auraient eu du vivant de leur débiteur.

Ces dangers appelèrent l'attention de la loi. Le droit commun ouvrait tout d'abord aux créanciers de l'héritier la voie de l'action Paulienne, lorsque l'adition avait été frauduleuse. Les conditions et les effets en seront exposés sur la théorie générale de cette institution prétorienne. Quant aux dangers que pouvait courir l'héritier ou les créanciers du défunt, on y remédia en créant deux bénéfices : le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines.

Dangers pour l'héritier; bénéfice d'inventaire. — Le bénéfice d'inventaire, organisé par Justinien, constitue pour tout héritier un moyen d'éviter la confusion de son patrimoine avec celui du *de cujus* et de se soustraire ainsi au paiement des dettes *ultra vires successionis* (*Loi Scimus.*, L. 22, C., *De jure delib.*, 6-30. — Conf., C. C., art. 793-810) (1).

Ce bénéfice est acquis à l'héritier qui fait adition sans se prévaloir du *jus deliberandi*, et qui dresse, en présence des *tabularii*, un inventaire, c'est-à-dire un état énumératif et descriptif de tous les objets héréditaires. Il faut commencer l'inventaire dans le mois de l'ouverture du testament, et le terminer dans les trois mois, ou seulement dans l'année quand la plus grande partie des biens est trop éloignée. Durant ce délai, l'héritier ne peut être poursuivi en cette qualité (L. 22, §§ 2, 3, 11, C., *De jure delib.*, 6-30. — Conf., C. Proc., art. 174).

Les avantages du bénéfice d'inventaire se résument dans l'idée qu'il empêche la confusion des patrimoines. De là plusieurs conséquences :

1° L'héritier n'est tenu des dettes que dans la mesure de l'actif, *intra vires successionis* (L. 22, § 4, C., *De jure delib.*, 6-30. — Conf., C. C., art. 802).

2° Il est admis, en concours avec les autres créanciers héréditai-

(1) La jurisprudence avait cependant imaginé différents procédés pratiques pour rendre l'adition moins périlleuse pour l'héritier externe. L'héritier pouvait, avant d'accepter, convoquer les créanciers sous la présidence du magistrat et leur promettre un certain dividende moyennant la remise du surplus de leurs créances ; pour que cette remise fût obligatoire, il suffisait qu'elle fût consentie par un nombre de créanciers représentant en valeur plus de la moitié des créances. Le successible pouvait encore se faire donner mandat par les créanciers d'accepter la succession à leurs risques et périls (L. 9 ; L. 10, pr., D., *De pactis*, 2-14 ; L. 32, D., *Mandati*, 17-1. — Conf., C. C., art. 507 et s.).

res, à réclamer ce qui lui était dû par le défunt, de même que ceux-ci ont la faculté de lui réclamer ce qu'il devait (L. 22, § 9, C., *De jure delib.*, 6-30).

3° Enfin, il conserve les servitudes personnelles ou prédiales dont il était investi sur les biens de l'hérédité, comme subsistent les servitudes prédiales qui grevaient son propre fonds au profit d'un immeuble du défunt (*Inst.*, L. II, t. XIX, *De her. qual. et diff.*, § 6).

Dangers pour les créanciers héréditaires; séparation des patrimoines. — La séparation des patrimoines ou *bonorum separatio* est un bénéfice créé par le préteur pour permettre aux créanciers du défunt de se faire payer sur les biens héréditaires par préférence aux créanciers personnels de l'héritier (L. 1, pr., § 1, D., *De separat.*, 42-6. — Conf., C. C., art. 878-881).

Ce bénéfice est accordé à tous les créanciers du défunt, purs et simples, à terme ou conditionnels; mais il ne profite qu'à ceux qui le demandent formellement. Le délai pour l'invoquer est de cinq ans à partir de l'adition. Il se manifeste ordinairement dans le cours de la *bonorum venditio;* au moment où les biens réunis du défunt et de l'héritier sont saisis et vont faire l'objet d'une vente en bloc, les créanciers héréditaires interviennent pour exiger, non deux ventes, mais la mise à part, dans le prix total, de la valeur des biens du défunt (L. 1, pr.; 4; 6, D., *De separat.*, 42-6).

Le droit à la séparation des patrimoines s'éteint : 1° par l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'adition; 2° par la confusion matérielle des deux masses de biens, lorsque la distinction est impossible; 3° par tout fait des créanciers qui manifestent leur intention de s'en tenir à la solvabilité de l'héritier, comme une acceptation de gage ou de caution, etc. (L. 1, §§ 10, 11, 13, 15, D., *De separat.*, 42-6. — Conf., C. C., art. 879, 880).

L'effet principal de la *bonorum separatio* est de procurer, d'abord aux créanciers du défunt, et après eux aux légataires qui l'ont aussi demandée, un droit de préférence sur le prix des biens héréditaires, contre tous les créanciers même hypothécaires de l'héritier. En revanche, un pareil droit de préférence est acquis aux créanciers de l'héritier sur le prix de ses biens propres (L. 1, § 3; L. 4, § 1; L. 6, D., *De separat.*, 42-6. — Conf., C. C., art. 2111).

L'héritier reste d'ailleurs héritier; par conséquent, l'excédant de l'actif héréditaire sur le passif correspondant rentre dans son patri-

moine. La doctrine logique et raisonnable de Papinien concluait du même point de départ que les créanciers du défunt, s'ils n'étaient pas désintéressés par la vente de la succession, pouvaient parfaire leur paiement sur la portion du prix des biens personnels de l'héritier que ses créanciers n'avaient pas absorbée. Cette opinion est repoussée par deux jurisconsultes postérieurs, Ulpien et Paul, qui fondent la solution contraire sur une pétition de principes presque évidente, car ils enseignent que les créanciers du défunt, en invoquant la *bonorum separatio,* ont renoncé à poursuivre l'héritier, *recesserunt a persona heredis* (L. 1, § 17; L. 3, § 2; L. 5, D., *De separat.*, 42-6).

QUATRIÈME SECTION.

RÉPARTITION DE L'HÉRÉDITÉ ENTRE LES INSTITUÉS.

(*Inst.*, L. II, t. XIV, §§ 4-8).

La règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* exerce une influence considérable sur l'attribution de l'hérédité. Elle se traduit ici par le principe que l'institué, s'il est unique, ou les institués, s'il y en a plusieurs, ont toujours une vocation éventuelle au tout.

En conséquence, lorsqu'il n'y a qu'un héritier, il doit recueillir nécessairement toute l'hérédité. A supposer que le testateur l'ait institué seulement *ex certa parte vel ex certa re*, cette mention est réputée non écrite, et l'héritier prend néanmoins toute la succession (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5).

Détermination des parts. — D'ailleurs, le testateur est libre d'instituer autant d'héritiers qu'il lui plaît; il est libre aussi de répartir entre eux la succession à son gré. Cependant le résultat de ce concours doit toujours être tel que l'hérédité se trouve entièrement absorbée (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 4).

Dans la pratique, on considérait la succession comme une unité, comparable à l'unité monétaire ou livre de cuivre; pour ce motif on l'appelait *as*, et de même on la partageait en douze parties égales, *unciæ*. Les testateurs romains n'étaient pas obligés du reste de suivre ce calcul, et l'on devait souvent en adopter un autre, pour donner effet à leur volonté (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5).

Il faut à cet égard distinguer quatre hypothèses principales :

1° *Plusieurs institués sine parte.* — Le testateur laisse plusieurs institués sans désignation de parts, *sine parte.* L'hérédité se divise alors par fractions viriles entre les cohéritiers. Seulement ceux d'entre eux qui sont institués conjointement, c'est-à-dire dans la même phrase, ne comptent que pour une seule tête et ne prennent qu'une portion. Ainsi le testament porte : *Seius heres esto ; Titius et Mævius heredes sunto ;* Titius et Mævius n'ont qu'une moitié, l'autre reste à Séius (L. 59, § 2, D., *De hered. inst.*, 28-5).

2° *Plusieurs institués cum parte.* — Le testateur laisse plusieurs institués avec désignation de parts, *cum parte.* Si l'ensemble des parts assignées est égal au tout, on exécute le testament sans difficulté. La somme est-elle inférieure à l'unité, on répartit la différence entre les héritiers conformément à la proportion suivie par le testateur. A l'inverse, le total des parts assignées dépasse-t-il l'unité, on sacrifie alors les paroles du testateur à sa pensée, et l'on divise la succession en plusieurs fractions qui soient entre elles dans le même rapport que les portions fixées dans le testament. Il peut arriver ainsi que le mot *uncia*, au lieu de signifier un douzième, signifie un vingt-quatrième, un trente-sixième ; c'est lorsque le testateur en a distribué plus de douze, plus de vingt-quatre, etc. Dans ce cas, l'hérédité elle-même s'appelle *dupondius*, *tripondius*, etc., comme formée de deux, trois as, etc. (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, §§ 6, 7, 8).

3° *Plusieurs institués cum et sine parte.* — Le testateur laisse plusieurs institués, les uns *cum parte*, les autres *sine parte.* Alors de deux choses l'une : tantôt le testateur n'a pas distribué toute l'unité, et c'est la différence qui doit appartenir aux institués *sine parte.* Tantôt le testateur a consommé ou dépassé l'unité, et l'on suppose qu'il a voulu diviser l'hérédité en deux ou trois as, suivant les besoins ; l'excédant du premier as s'impute sur le second, du second sur le troisième, et ce qui reste ainsi vacant sur le second, ou le troisième appartient aux institués *sine parte.* Cette pluralité d'as n'est d'ailleurs qu'une supposition nécessaire pour fixer les parts non désignées par le testateur ; la portion de chacun une fois connue, on réduit le tout à un seul as, *omnes partes ad assem postea revocantur*, dont les fractions sont alors des 1/24 ou des 1/36 (*Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 8).

4° *Héritiers institués ex certa re.* — Le disposant a nommé plu-

sieurs héritiers et l'un ou quelques-uns d'entre eux ont été institués *ex certa re*, pour un bien déterminé; ainsi le testateur a dit: *Titius heres esto ex fundo Corneliano*. La règle *nemo partim* exige, d'une part, que les héritiers institués pour certains biens déterminés soient réputés institués *sine parte*; mais la nécessité de respecter l'intention du défunt veut, d'autre part, qu'on tienne compte dans une certaine mesure de l'attribution spéciale faite dans le testament.

Si tous les héritiers ont été institués *ex certa re*, on efface la mention de la *certa res* et on divise l'hérédité entre eux d'après les règles qui viennent d'être indiquées. Mais on les tient pour grevés les uns envers les autres d'un legs *per præceptionem* portant sur les choses pour lesquelles ils ont été spécialement institués (L. 35, §§ 1, 2, D., *De hered. inst.*, 28-5).

Lorsque les héritiers n'ont pas tous été institués *ex certa re*, l'hérédité se distribue entre eux d'après les principes connus. Mais, on répute les cohéritiers de l'*heres* institué *ex certa re* grevés envers lui d'un fidéicommis particulier portant sur la *res*; quant à lui, on le tient pour grevé envers ses cosuccessibles d'un fidéicommis universel portant sur sa part héréditaire. Ce résultat fut conservé par Justinien qui simplifia cependant l'hypothèse en décidant que l'institué *ex certa re* serait considéré comme un légataire de corps certain (L. 13, C., *De hered. inst.*, 6-24).

Partage. — Le concours de plusieurs héritiers tend à créer l'indivision et par suite aboutit au partage.

Suivant une ancienne règle consacrée par la loi des Douze-Tables et qui n'a jamais varié, le partage a lieu de plein droit pour les créances et les dettes de la succession. En d'autres termes, après l'adition, chacun des cohéritiers se trouve, proportionnellement à sa quote-part héréditaire, investi d'une part de chaque créance et tenu d'une part de chaque dette, comme si toutes ces portions eussent été distinctes et séparées dès le principe (L. 4, pr., D., *Familiæ ercisc.*, 10-2. — L. 6, C., *Famil. ercisc.*, 3-36. — Conf., C. C., art. 1220).

Quant aux choses corporelles de l'hérédité, elles ne se partagent pas de plein droit, et deviennent indivises à la suite de l'adition faite par plusieurs héritiers. Mais chacun d'eux a la faculté de provoquer le partage; et nous verrons que toute convention qui tendrait à maintenir l'indivision pour un temps illimité serait nulle.

Le partage n'est au fond qu'un échange. Il s'opère soit à l'amiable par des modes d'acquérir réciproquement employés, soit en justice par voie d'*adjudicatio*. Dans cette seconde hypothèse, il intervient sur l'action *familiæ erciscundæ*, qui sera plus tard étudiée (L. 14, § 2, D., *Communi divid.*, 10-3. — L. 5, C., *Communi div.*, 3-37. — Conf., C. C., art. 815).

D'après notre loi française, le partage est *déclaratif* de propriété en ce sens que chacun des copartageants est censé avoir eu, dès le commencement de l'indivision, la propriété exclusive des biens qui lui sont finalement attribués (C. C., art. 883).

Le partage romain, au contraire, est simplement *translatif* comme l'échange ordinaire, et ne rétroagit point. Le grand intérêt pratique de cette différence entre les deux législations, c'est que les droits réels dont un héritier a pu grever, durant l'indivision, les biens héréditaires qui ne tombent pas dans son lot, étaient valables à Rome et sont nuls aujourd'hui (L. 31, D., *De usu et usufr.*. 33-2) (1).

CHAPITRE VIII.

SUBSTITUTIONS.

(*Inst.*, L. II, t. XV, t. XVI.)

Le mot *substitutio* (*sub instituere*) désigne, dans son sens le plus large, une institution subsidiaire qui en suppose une autre. Le trait commun des substitutions, c'est qu'elles tendent à prévenir certaines chances de mourir intestat, en instituant un ou plusieurs héritiers de second ordre, pour le cas où ceux qui sont institués en première ligne ne pourraient ou ne voudraient recueillir. Elles ne sont à ce point de vue que des institutions conditionnelles.

Le droit romain connaissait quatre espèces de substitutions : 1° la substitution vulgaire; 2° la substitution pupillaire; 3° la substitution quasi-pupillaire; 4° la substitution fidéicommissaire. Le droit français n'en connait plus que deux : la substitution vulgaire qui

(1) Le jurisconsulte Trébatius avait, paraît-il, essayé de soutenir quelques-unes des conséquences de l'effet déclaratif du partage; mais sa doctrine vivement combattue par Labéon ne prévalut pas en pratique (L. 31, D., *De usu et usuf.*, 33-2).

est toujours permise et la substitution fidéicommissaire qui est en principe prohibée (Conf., C. C., art. 896, 898, 1046-1074) (1).

Quant aux substitutions pupillaire et quasi-pupillaire, elles sont impossibles chez nous par cette raison que le testament est un acte essentiellement personnel qui ne peut émaner que du propriétaire lui-même (Conf., C. C., art. 895).

§ I.

Substitution vulgaire.

(*Inst.*, L. II, t. XV.)

La substitution *vulgaire* est une disposition par laquelle le testateur, après avoir institué un ou plusieurs héritiers, désigne une ou plusieurs personnes appelées à recueillir l'hérédité pour le cas où les héritiers institués ne pourraient ou ne voudraient la recueillir (Conf., C. C., art. 898).

Le testament est, par exemple, ainsi conçu : *Titius heres esto; si Titius heres non erit, tunc Mævius heres esto.* Titius, qui occupe le premier degré, est l'institué proprement dit; Mævius, qui vient au second degré, est le substitué. Mævius lui-même pourrait recevoir valablement des substitués, qui seraient au troisième degré, ainsi de suite. Le testateur termine souvent la série des substitutions par un esclave; il est alors assuré, si tous les autres refusent, d'avoir un héritier nécessaire et de ne pas mourir *intestat*. Le disposant peut encore, s'il le veut, substituer les divers institués entre eux (*Ulpien*, R., t. XXII, § 33. — *Inst.*, L. II, t. XV, *De vulg. subst.*, pr., § 1).

Nature, forme et but de la substitution. — *Nature.* — La substitution est une institution conditionnelle; car le testament la subordonne à la défaillance du précédent appelé. L'hérédité ne se défère donc au substitué qu'après la condition accomplie, en d'autres termes, lorsqu'il est devenu certain que l'institué ne la recueillera pas (L. 69, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

On applique d'ailleurs à cette institution subsidiaire toutes les

(1) La substitution fidéicommissaire n'étant qu'une espèce particulière de fidéicommis, le fidéicommis *post mortem*, il en sera traité sur la théorie générale des fidéicommis (*Gaius*, II, 277).

règles prescrites pour la validité d'une institution quelconque. Il suit de là que le substitué doit être vivant et capable, c'est-à-dire investi de la *factio testamenti* passive et du *jus capiendi* lors de l'événement de la condition. Il en résulte encore que le testateur qui aurait des héritiers siens, est obligé de les exhéréder à l'égard de tous les substitués comme il est tenu de le faire à l'égard des institués (L. 3, § 3, D., *De liberis*, 28-2).

Enfin, l'acquisition de l'hérédité exige en règle générale l'adition du substitué; cependant, si la même personne est instituée pour une part et substituée pour une autre, l'adition faite en l'une de ces qualités suffit pour que la part qui lui est déférée en l'autre qualité lui soit acquise de plein droit, à son insu et même malgré sa volonté (L. 81, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Forme. — La substitution vulgaire est soumise à toutes les règles de forme qui régissent les institutions ordinaires; on la rédige comme une institution conditionnelle. Il faut même remarquer qu'on ne tient pas compte de l'ordre des dispositions, en ce sens que la substitution peut indifféremment suivre ou précéder l'institution. Ainsi, le testateur peut, à son choix, dire *si Titius heres non erit, tunc Mævius heres esto*, ou bien : *Mævius heres esto, si Titius heres non erit* (L. 28, D., *De hered. inst.*, 28-5).

But. — Pour pénétrer le but de la substitution, on doit distinguer, suivant que le substitué n'est appelé qu'à ce titre ou suivant qu'il figure déjà dans le testament à titre d'institué. Dans le premier cas, le but poursuivi par le disposant est évidemment de multiplier le nombre de ses héritiers testamentaires et par conséquent de diminuer autant que possible ses chances de mourir *intestat*. Dans le second cas, la substitution a surtout pour but d'écarter l'application des principes de l'accroissement ou les conséquences des lois Caducaires.

On s'en rendra facilement compte sur la théorie des *leges caducariæ* et du *jus accrescendi* commune aux legs et aux institutions.

Effets de la substitution vulgaire. — Les effets de la substitution vulgaire peuvent se ramener à la règle suivante qui doit ainsi se formuler : en principe, le substitué ne recueille l'hérédité qu'à défaut de l'institué et lorsqu'il vient à la succession, il y prend absolument la place de l'institué. Trois propositions se dégagent de cette règle.

1° *Lorsque l'institué remplit son degré, on le préfère au substitué;* cette proposition n'est que l'application du principe qui voit dans la substitution une disposition subsidiaire et conditionnelle subordonnée à l'inefficacité de l'institution principale. Cependant, la loi *Ælia Sentia*, comme on l'a vu, déroge à cette règle dans l'intérêt des créanciers; si le testateur mort insolvable a institué son esclave au premier rang, tout substitué peut écarter ce dernier en faisant lui-même adition (L. 57, D., *De hered. inst.*, 28-5; — *supra*, p. 23).

2° *Il n'y a pas de concours possible entre l'institué et le substitué*, puisque l'un ne vient qu'à défaut de l'autre. Le droit romain connut néanmoins plusieurs exceptions à cette règle; il suffira d'en signaler trois.

A. Dans l'ancien droit, l'héritier institué *sub imperfecta cretione,* qui se contentait d'accepter *pro herede gerendo*, venait en concours avec le substitué que le testateur lui avait donné pour le cas où la formule de la *cretio* ne serait pas prononcée. C'est donc que l'acte de gestion ne faisait pas acquérir l'hérédité avec la même énergie que la *cretio*. Cette distinction, déjà discutée à l'époque de Gaius, fut supprimée par Marc-Aurèle, et la *gestio* de l'institué suffit pour exclure entièrement le substitué (*Gaius*, II, 177, 178. — *Ulpien*, R., t. XXII, § 34).

B. L'institué est un esclave appartenant à deux maîtres. Si l'ordre de faire adition lui est donné par un *dominus* et refusé par l'autre; l'esclave n'acquerra pour le maître que la moitié de la succession et l'autre moitié sera attribuée au substitué (L. 48, pr., D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

C. Le testateur, qui croit libre l'esclave Parthénius, l'institue pour héritier et lui substitue Mævius : *Parthenius heres esto ; si heres non erit, Mævius heres esto.* Dans la pensée du testateur, la condition *si heres non erit* ne visait que le cas où Parthénius ne deviendrait pas héritier pour lui-même, ou pour une personne qui l'aurait plus tard sous sa puissance; à ce point de vue, la condition est accomplie, puisque Parthénius ne peut devenir héritier que pour le maître qu'il avait déjà lors du testament. Il faudrait donc appeler le substitué. Mais, d'un autre côté, il n'est pas établi que le testateur n'eût pas également fait l'institution, s'il eût connu la qualité de l'institué; c'est d'ailleurs un principe certain, que l'erreur du testateur sur la qualité du destinataire ne vicie pas les dispositions testamentaires. Il faudrait donc exclure le substitué. Entre ces deux

décisions également logiques, le choix est difficile. Tibère en tira la conséquence que l'hérédité devait se partager entre le substitué et le maître de l'institué; ce maître était l'empereur lui-même dans l'hypothèse qu'il trancha (L. 40; L. 41, D., *De hered. inst.*, 28-5. — *Inst.*, L. II, t. XV, *De vulg. subst.*, § 4).

3° *Le substitué prend la place juridique de l'institué.* Autrement dit, il succède à l'actif et au passif de la même manière et dans la même mesure que l'institué; comme lui aussi, il paye les legs et les fidéicommis à moins que ces charges testamentaires ne grèvent spécialement l'institution (*Inst.*, L. II, t. XV, *De vulg. subst.*, § 2. — L. 4, C., *Ad sen. Treb.*, 6-49).

Ici, on se trouve en présence d'une difficulté particulière. Titius, Séius et Mævius sont institués; à Titius est substitué son cohéritier Séius, et à Séius lui-même est substitué Cornélius, qui ne figure pas au nombre des institués. Titius et Séius ne viennent pas à la succession; que va recevoir Cornélius? n'aura-t-il comme substitué que la part de Séius, sauf à partager avec Mævius celle de Titius par droit d'accroissement? ou bien recueillera-t-il seul la part de Séius et celle de Titius? Cette seconde solution prévalut; elle est devenue la règle *substitutus substituto videtur et instituto substitutus* (*Inst.*, L. II, t. XV, *De vulg. subst.*, § 3).

§ II.

Substitution pupillaire.

(*Inst.*, L. II, t. XVI.)

La substitution *pupillaire* est une institution d'héritier faite par un père de famille pour son fils impubère, en prévision du cas où cet enfant, après lui avoir survécu, viendrait à mourir avant la puberté, c'est-à-dire encore incapable de tester (*Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, pr. — *Contra*, C. C., art. 895) (1).

Nature et forme. — Comme toutes les substitutions, celle-ci n'est qu'une institution conditionnelle. Elle dépend même de deux

(1) La substitution pupillaire est d'origine coutumière; sans pouvoir préciser la date de son introduction en droit romain, on peut cependant affirmer qu'elle était déjà pratiquée à l'époque de Cicéron (*Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, pr. — Cicéron, *De oratore*, I, 39).

conditions : 1° il faut d'abord que l'enfant devienne *sui juris* par le décès du testateur; sinon, il serait inutile d'exercer pour son compte un droit de tester qu'il n'aurait pas; 2° il faut en second lieu que la mort le surprenne impubère; sinon, il aurait pu exercer lui-même son droit de tester.

A la différence des autres substitutions, la chance de mourir *intestat* qu'écarte la *substitutio pupillaris* n'est pas personnelle au testateur; c'est un descendant qu'il veut sauver de ce danger. L'usage de cette faculté n'est possible qu'envers les enfants du sang ou adoptifs, actuellement soumis à la puissance immédiate ou médiate du père de famille, ainsi qu'envers les posthumes siens. La substitution pupillaire ne serait pas possible au contraire envers les émancipés ou, d'une manière générale, envers tous les descendants qui sont sortis de la puissance paternelle (L. 2, pr., D., *De vul. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, pr., § 4, *in fine*).

Pour qu'une pareille substitution soit efficace, il faut que le père de famille teste valablement pour lui-même. Mais on n'exige pas, tout au moins à l'époque de Gaius, qu'il teste au profit de l'impubère. En d'autres termes, la substitution pupillaire n'est qu'un attribut de la *patria potestas*, absolument indépendant de la transmission de l'hérédité paternelle, et qui s'applique indistinctement aux enfants institués ou exhérédés (*Gaius*, II, 182. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 4).

On a dès lors le droit, en se plaçant au temps classique, de concevoir deux systèmes sur la substitution pupillaire. Ils sont admis ensemble dans les textes, et ce n'est pas une des moindres singularités de la matière que cette diversité de principes (*Gaius*, II, 180. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 2).

1° *Premier système.* — Il y a disposition de deux hérédités, mais unité de testament : *unum est testamentum, duarum hereditatum.* Ce point de vue se reflète dans le langage de Justinien, qui qualifie le *pupillare testamentum* de *pars et sequela testamenti patris.* De là résulte aussi qu'on ne peut tester pour l'impubère sans tester pour soi-même, que l'infirmation du testament paternel entraîne la nullité de la substitution pupillaire, et que le tout peut se faire par un seul et même acte testamentaire, etc. Dans ce dernier cas, la substitution ne doit venir, à peine de nullité, qu'après l'institution pour le compte du père, dont elle n'est qu'une dépendance (*Gaius*, II, 180, *in fine*.

— L. 20, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 5).

2° *Second système.* — Il y a deux testaments et deux hérédités; *duo quodammodo sunt testamenta*. En conséquence, la substitution pupillaire est valablement faite par acte postérieur et séparé, et doit réunir toutes les conditions exigées pour la validité des institutions en général. Il es t même admis que l'un des deux actes peut être écrit, et l'autre nu ncupatif. Dans le même ordre d'idées, lorsque le père fait son testament, il peut n'avoir pas encore en sa puissance l'impubère qui recevra plus tard une substitution pupillaire. Enfin l'institué du père a parfois le *jus capiendi* à son égard, sans l'avoir envers le fils (*Gaius*, II, 180, *in medio*. — L. 2; L. 6; L. 11; L. 16, § 1; L. 20, § 1, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. sub.*, § 3).

Substitutio compendiosa. — Le testateur opère souvent d'un seul coup, au profit de la même personne, une substitution vulgaire et une substitution pupillaire, notamment dans la forme suivante : *filius meus heres esto, si heres non erit, aut si decesserit intra pubertatem, Seius heres esto.* Comme cet usage était fréquent, on en vint à le sous-entendre; et les empereurs Lucius-Verus et Marc-Aurèle décidèrent que le substitué vulgaire du fils serait en même temps son substitué pupillaire, ou *vice versa*, à moins que le testament ne contînt une disposition contraire (L. 4, pr., D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Le père qui laisse plusieurs enfants impubères est maître de donner un substitué pupillaire à chacun d'eux, ou seulement à quelques-uns; il peut aussi n'en donner qu'au dernier mourant. Il prendra le premier parti, s'il veut qu'aucun de ses enfants ne meure *intestat* (*Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 6).

Effets de la substitution pupillaire. — Pour que la substitution pupillaire produise ses effets, elle doit, en s'ouvrant, trouver le substitué vivant et capable. Supposons que le substitué soit un individu dont le testateur pouvait faire pour lui-même un héritier nécessaire, c'est-à-dire son esclave ou son descendant *in potestate;* il deviendra toujours un héritier nécessaire du pupille, alors même qu'il ne remplirait plus, au moment de l'ouverture de la substitution, les conditions requises à l'égard de la succession paternelle. A l'inverse, si le substitué pupillaire est un individu dont le testateur ne pouvait faire pour lui-même un *heres necessa-*

rius, il sera toujours héritier externe du pupille, et dès lors libre d'accepter ou de répudier (L. 10, § 1, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Telle est du moins la doctrine probable des grands jurisconsultes classiques, qui admettaient le substitué à faire adition de l'hérédité de l'impubère, après avoir répudié celle du père, et réciproquement. Ce n'était là qu'une déduction pratique de la théorie qui reconnaissait l'indépendance des deux hérédités. Justinien a eu le tort de revenir en arrière et de consacrer, sur cette question spéciale, l'avis contraire de Nératius, qui voyait dans l'hérédité de l'impubère un simple accroissement de l'hérédité du père, et qui, par suite, obligeait le substitué à prendre le même parti sur les deux successions (L. 8, § 1; L. 12, D., *De vulg. et pup. subst.*. 28-6; L. 59, D., *De acq. vel om. her.*, 29-2. — L. 20, C., *De jure delib.*, 6-30. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 2, *in fine*).

Actif recueilli par le substitué. — En principe, le substitué recueille tous les biens de l'impubère, non-seulement ceux qui avaient été compris dans la succession paternelle, mais encore ceux que l'impubère aurait acquis d'une manière quelconque depuis qu'il est devenu *sui juris* (L. 10, § 5, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 4).

Cette règle reçoit notamment une exception remarquable. L'impubère, devenu *sui juris* par la mort du père, a été donné en adrogation; il est ensuite redevenu *sui juris* par la mort de l'adrogeant; enfin il meurt lui-même avant la puberté. Si deux substitutions pupillaires ont été faites, l'une par le père, l'autre par l'adrogeant, la première embrassera tout ce que l'adrogeant a dû promettre de restituer aux ayant-droit de l'impubère pour le cas où *decesserit intra pubertatem*; la seconde embrassera tout ce qui est advenu à l'impubère en vertu de l'adrogation, c'est-à-dire la succession même de l'adrogeant s'il a été institué, la quarte Antonine s'il a été exhérédé, etc. (L. 10, § 6, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6; — *supra*, p. 68) (1).

Passif qui grève le substitué. — Les charges qui pèsent sur le substitué pupillaire sont les dettes et les legs.

Dettes. — Le substitué supporte, en même temps que les dettes

(1) En supposant que le substitué ne fût pas investi du *jus capiendi* au décès du père et qu'il l'eût ensuite à la mort de l'impubère, il n'aurait pas le droit de toucher aux biens paternels (L. 6, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

de l'impubère, celles qui grevaient le patrimoine du testateur, si l'impubère a été institué et n'a pas usé du *jus abstinendi*. Lorsque le pupille s'est abstenu, le substitué qui n'a pas lui-même recueilli le patrimoine du testateur profite de l'abstention, tout au moins dans l'opinion prédominante (L. 42, pr., D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Legs. — Quant aux legs, le substitué pupillaire n'en peut avoir à payer, si le patrimoine du testateur ne lui parvient directement ou indirectement, c'est-à-dire s'il n'est pas lui-même l'héritier du père, et si l'impubère a été exhérédé. Mais, lorsque l'impubère a été institué par le testateur, ou qu'il a rendu son exhérédation inutile par la *bonorum possessio contra tabulas*, ou que le substitué a été l'héritier du père, les legs grèvent le substitué dans une proportion qui varie avec la quotité du patrimoine paternel qui lui est arrivé (L. 126, § 1, D., *De legatis*, 1°, 30; L. 11, §§ 5, 7, 8, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

Extinction de la substitution pupillaire. — On a déjà vu que le testament paternel, en devenant inefficace pour une cause quelconque, entraîne l'inefficacité de la substitution pupillaire; mais le moindre effet conservé à l'institution, par le droit civil ou par le droit prétorien, maintiendra la substitution (L. 34, § 2; L. 38, § 5, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Il y a néanmoins des hypothèses où la substitution pupillaire s'évanouit, bien que le testament du père reste valable et soit exécuté. Ces causes d'extinction sont au nombre de quatre :

1° L'impubère meurt avant le *paterfamilias, in potestate patris*; 2° il sort de la famille du vivant de son père; 3° il arrive à la puberté; le père a même la faculté de fixer, pour la chute de la substitution, un âge inférieur à la puberté, mais non supérieur; 4° le substitué pupillaire, instruit de sa qualité à la mort du testateur, laisse s'écouler un an depuis cette date sans provoquer la nomination d'un tuteur à l'impubère, cette déchéance fut édictée dans le Bas-Empire par Théodose et Valentinien (L. 14, L. 38, §§ 1, 2; L. 41, § 2, D., *De vulg. et pup. sub.*, 28-6. — *Inst.*, L. II. t. XVI, *De pup. subst.*, §§ 5, 8. — L. 10, C., *De legit. hered.*, 6-58. — Conf., C. C., art. 1056, 1057).

§ III.

Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire.

(*Inst.*, L. II, t. XVI, § 1.)

L'impuberté n'est pas la seule cause qui supprime l'exercice du droit de tester; la folie a le même effet. Cependant l'usage de tester pour un fou n'était pas normal à l'époque classique; il fallait en obtenir de l'empereur la permission spéciale (L. 43, pr., D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6).

Justinien généralise cette faveur, et autorise tout ascendant à faire désormais une institution d'héritier pour son descendant fou, en vue du cas où il mourrait sans avoir recouvré la raison (L. 9, C., *De impuberibus*, 6-26. — *Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 1).

C'est là une troisième sorte de substitution que les commentateurs ont appelée *exemplaire* ou *quasi-pupillaire*, à cause de sa ressemblance avec la précédente.

Soumise aux mêmes règles de forme et de fond que la substitution pupillaire, elle s'en distingue néanmoins par deux graves différences. 1° Ce n'est plus sur la puissance paternelle qu'est fondé le droit de faire une substitution quasi-pupillaire, mais sur l'affection naturelle et le devoir du sang. Il appartient donc à tous les ascendants ou ascendantes de la ligne paternelle ou maternelle; il suffit que le fou compte au nombre de leurs héritiers légitimes. Mais ici se présentent deux questions insolubles: Justinien a-t-il entendu donner ce droit cumulativement à tous les ascendants? et si l'on admet que chacun d'eux peut nommer un substitué, comment déterminer les parts des divers substitués (1)? 2° Le testateur doit prendre le substitué quasi-pupillaire parmi les descendants du fou, et, quand il n'en a point, parmi ses frères ou sœurs; ce n'est qu'à défaut de ces parents que le choix est entièrement libre, comme il l'eût été dans la substitution pupillaire (*Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 1).

On signale ordinairement une troisième différence. La substitu-

(1) Il est généralement admis que tous les ascendants peuvent faire une substitution quasi-pupillaire; mais alors, chaque substitué ne recueille que les biens provenant de l'ascendant qui l'a désigné.

tion quasi-pupillaire, dit-on, ne vaut qu'à la condition pour le testateur de laisser au descendant sa quarte légitime, et cette nécessité n'existe pas dans le cas d'une substitution pupillaire. La vérité est que Justinien, dans sa constitution, parle de la légitime que le testateur est forcé de laisser à ses enfants; sans être indispensable à la validité initiale du testament, elle empêche la plainte d'inofficiosité qui le ferait tomber, et qui entraînerait par conséquent l'extinction de la substitution. Or, à ce point de vue, les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire sont exactement traitées de la même manière (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, § 7, *in fine*).

La substitution quasi-pupillaire s'évanouit lorsque le descendant atteint de folie recouvre définitivement la raison (*Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subs.*, § 1, *in fine*).

CHAPITRE IX.

CHARGES IMPOSÉES PAR LE TESTATEUR A L'HÉRITIER.

(*Inst.*, L. II, t. XX, t. XXIV.)

Avant de passer aux hérédités légitimes, les Institutes s'occupent des legs et des fidéicommis; or, ce sont là deux causes d'acquisition qui ne sont pas toujours faites *per universitatem* et qui, dès lors, semblent étrangères à notre matière actuelle. Mais cette digression a pour raison d'être, ainsi que l'explique Justinien, l'impérieux besoin d'achever l'exposition des règles du testament (*Gaius*, II, 191. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, pr.).

A l'époque classique, le testateur peut imposer à son héritier deux espèces de charges, les legs et les fidéicommis.

Ressemblances. — Le legs et le fidéicommis présentent notamment les ressemblances suivantes : 1° en principe, ils n'impliquent pas continuation de la personnalité juridique du *de cujus*; 2° ils constituent des libéralités de dernière volonté; ils restent donc inefficaces et révocables jusqu'à la mort du disposant, et ne sauraient aboutir directement à mettre en perte le gratifié qui les accepte; 3° ils émanent du défunt lui-même, non de l'héritier, qui n'est en conséquence tenu de les exécuter qu'*intra vires successionis.*

Différences. — Mais il existe entre eux de profondes différences

dont voici les trois principales : 1° le legs n'est valablement fait que par testament, ou par un codicille confirmé qui équivaut au testament, tandis qu'un acte quelconque de dernière volonté, fût-ce un codicille non confirmé, peut contenir un fidéicommis; 2° le legs, à l'exemple de l'institution d'héritier, est conçu dans une formule impérative, tandis que la formule du fidéicommis est précative; 3° le legs ne peut être imposé qu'à un héritier testamentaire, tandis que le fidéicommis est régulièrement imposé à quiconque reçoit du *de cujus* une disposition de dernière volonté, c'est-à-dire à l'héritier institué, au légataire, à un autre fidéicommissaire; on a même la faculté d'y soumettre un héritier *ab intestat*, parce qu'il est censé tenir du défunt la succession que ce dernier ne lui a pas enlevée (*Gaius*, II, 270, 271. — *Ulpien*, R., t. XXIX, § 1).

Ces dissemblances s'affaiblirent graduellement avec le temps; elles furent même complètement supprimées par Justinien qui fondit ensemble les legs et les fidéicommis pour les soumettre à des règles identiques (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 3. — L. 2, C., *Communia de legatis*, 6-43).

Il est néanmoins indispensable de tracer isolément les tableaux de ces deux importantes institutions, si distinctes dans la législation de la grande époque classique (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 3, *in fine*).

PREMIÈRE SECTION.

THÉORIE DES LEGS.

(*Inst.*, L. II, t. XX, t. XXI, t. XXII.)

Le legs est une libéralité de dernière volonté, faite en forme impérative dans un testament (ou dans un codicille confirmé), et mise à la charge d'un ou de plusieurs héritiers testamentaires.

Les Institutes, en définissant le legs : *donatio quædam a defuncto relicta*, sans indiquer la nécessité d'une institution, le considèrent dans le dernier état du droit et ne le séparent pas du fidéicommis (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 1. — Conf., C. C., art. 1002-1024) (1).

(1) Les textes du Digeste nous présentent encore plusieurs autres définitions du legs; mais toutes ces définitions prises isolément sont incomplètes (*Florentinus*, L. 116, pr., D., *De legatis*, 1°, 30. — *Modestin*, L. 36, D., *De legatis*, 2°, 31. — *Ulpien*, R., t. XXIV, § 1).

§ 1.

Classification des legs.

Pour exposer avec méthode les différentes espèces de legs que connut la législation romaine, on distingue ordinairement trois périodes : 1° droit classique ; 2° époque impériale ; 3° législation de Justinien.

I. — **Droit classique.** — Les jurisconsultes de l'époque classique ramenaient à quatre les différentes manières de léguer, et distinguaient par conséquent quatre catégories de legs, *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per præceptionem* (*Gaius*, II, 192. — *Ulpien*, R., t. XXIV, § 2. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 2).

Ces différents legs peuvent se ranger en deux groupes. Les legs *per vindicationem* et *per præceptionem* sont des legs de propriété ; le testateur y confère directement au légataire la propriété de la chose léguée. Les legs *per damnationem* et *sinendi modo* sont des legs de créance ; le testateur investit le légataire d'une créance à poursuivre contre l'héritier. Dans l'un et l'autre de ces deux groupes, le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem* sont les types principaux.

1° *Legs per vindicationem.* — Ce legs est conçu dans une formule absolument impérative : *Lucio Titio Stichum do lego* ; ou bien *Lucius Titius Stichum sibi habeto*, etc. (*Gaius*, II, 193).

A raison de l'effet qu'il doit produire, ce legs ne s'applique valablement qu'aux choses dont la propriété quiritaire appartient au testateur, soit à la double époque du testament et de la mort, si le legs est d'un corps certain, soit à l'époque de la mort seulement, si le legs porte sur une quantité. Il exclut donc la chose d'autrui, la chose de l'héritier, la chose qui est simplement *in bonis testatoris*, et les fonds provinciaux (*Gaius*, II, 196).

Le légataire acquiert de plein droit la propriété de l'objet légué, sans qu'il soit obligé d'en demander le transfert à l'héritier. Sur la seule preuve du legs qui lui a été fait, on l'admet à revendiquer ; ainsi s'explique le nom de legs *per vindicationem*. Mais à quel moment précis la propriété passe-t-elle directement du patrimoine du testateur dans le patrimoine du légataire ? Il y eut sur ce point de

vives dissidences entre les Sabiniens et les Proculiens. Ce fut la doctrine sabinienne qui triompha dans les deux cas de legs pur et simple et de legs conditionnel : 1° au premier cas, le légataire acquiert la propriété dès l'instant où l'héritier fait adition; l'acceptation ou la répudiation ultérieure du légataire confirme ou supprime rétroactivement ce résultat, qui a pu se produire à son insu. C'est là ce qu'on exprime en disant que le *dominium* de la chose léguée reste *in pendenti* depuis l'adition jusqu'au jour où le légataire a manifesté son intention d'accepter la libéralité testamentaire qui lui est destinée; 2° au second cas, la propriété provisoire appartient à l'héritier *pendente conditione,* et passe au légataire, sans rétroactivité, par l'effet de la condition accomplie (*Gaius*, II, 195, 200. — L. 66, D., *De rei vind.*, 6-1 ; L. 8, D., *De rebus creditis*, 12-1; L. 13, § 1, D., *De pig. et hyp.*, 20-1; L. 86, D., *De legatis*, 1°, 30).

Le legs *per vindicationem* est donc, en définitive, un mode d'acquérir; on le fait rentrer d'habitude dans la *lex* (*supra*, p. 176).

Il sert à la constitution de tous les droits réels civils : propriété quiritaire, servitudes prédiales, usufruit, usage; mais il reste inapplicable aux droits réels de source prétorienne, ainsi qu'aux créances (Conf., C. C., art. 1014).

2° *Legs per præceptionem.* — Ce legs était ainsi conçu : *Lucius Titius Stichum præcipito ;* une formule de ce genre impliquait par son texte un avantage par préciput accordé à un héritier (*præcipere,* prendre hors part). Aussi, dans l'opinion des Sabiniens, n'était-il possible qu'en faveur de l'un de plusieurs institués, sur un objet héréditaire, et se réclamait-il par l'action *familiæ erciscundæ.* Les Proculiens, moins rigoureux, prenaient le mot *præcipere* dans le sens de *capere,* et assimilaient le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem.* Ils ne l'en distinguaient que par deux règles : 1° fait au profit d'un héritier, il pouvait porter sur une chose que le testateur avait seulement *in bonis* au moment de sa mort; car le destinataire en obtenait l'exécution par l'action *familiæ erciscundæ* qui lui appartenait contre ses cohéritiers; 2° fait au profit d'un étranger, il exigeait bien que le testateur eût eu la propriété quiritaire lors du décès, mais non pas au jour du testament. Ce fut l'opinion des Proculiens confirmée par un rescrit de l'empereur Adrien, qui l'emporta définitivement dans la pratique (*Gaius*, II, 217-222.— L. 12, C., *De legatis*, 6-37).

3° *Legs per damnationem.* — Primitivement, ce legs était conçu à l'image d'une condamnation : *Heres meus damnas esto dare, facere;* de là son nom. Plus tard, on admit les formules équivalentes : *Heres meus dato, facito — Heredem meum dare, facere jubeo* (*Gaius*, II, 201).

Ici, le légataire n'acquiert pas directement un droit réel sur la chose léguée; il n'obtient qu'une créance contre l'héritier, soit à l'instant de l'adition, si le legs est pur et simple, soit à l'arrivée de la condition, si le legs est conditionnel. Cette créance l'investit d'une action purement personnelle, la *condictio ex testamento*, pour réclamer le *dare* ou le *facere* mis à la charge de l'héritier. Cette action croît au double *per infitiationem.*

Le legs *per damnationem*, en raison du droit qu'il engendre, est applicable à tout ce qui peut devenir l'objet d'une obligation, chose du testateur, de l'héritier ou d'autrui, chose future, simple fait, etc. C'est le plus large de tous les legs, le legs par excellence, *optimum jus legati* (*Gaius*, II, 197, 201-204, 213. — *Ulpien*, R., t. XXIV, § 8).

4° *Legs sinendi modo.* — Ce legs était conçu dans les termes suivants : *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere sibique habere* (*Gaius*, II, 209).

Cette formule suppose que l'héritier possède la chose léguée. Le legs *sinendi modo* est donc moins large que le legs *per damnationem* et ne frappe pas valablement la chose d'autrui. Mais il est moins étroit que le legs *per vindicationem* et porte régulièrement sur toutes les choses qui sont, au moment de l'ouverture de la succession, dans le patrimoine du testateur ou de l'héritier, sans distinction entre la propriété quiritaire ou prétorienne et les fonds provinciaux. Sur ce point il n'y avait pas de discussion (*Gaius*, II, 210-212).

Mais plusieurs jurisconsultes soutenaient, en s'inspirant de la formule même du legs, que l'héritier n'avait qu'une sorte d'obligation passive plutôt qu'active; ils ne reconnaissaient au légataire que le droit de se mettre lui-même en possession et d'usucaper. Cette logique à outrance avait prévalu peut-être dans les premiers temps; mais les jurisconsultes classiques adoptèrent une solution plus pratique, et donnèrent contre l'héritier, de même qu'en vertu d'un legs *per damnationem*, l'action personnelle *ex testamento* pour le contraindre à la translation de propriété (*Gaius*, II, 213, 214).

II. — **Droit impérial.** — La théorie du droit classique avait un

visible défaut qui était de subordonner le fond à la forme et d'enchaîner trop étroitement la volonté du testateur à ses paroles.

Le sénatusconsulte Néronien, rendu sous le règne de Néron (vers l'an 817 de Rome, 64 de J.-C.), décida que tout legs, dont la nullité ne tiendrait qu'à l'impropriété des termes de la formule, aurait désormais la valeur d'un legs *per damnationem* (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 11[a]).

Étaient ainsi validés, par exemple, le legs *per vindicationem* de la chose d'autrui, le legs *sinendi modo* d'une chose n'appartenant ni au testateur ni à l'héritier, le legs *per præceptionem* fait à un institué mais ne portant pas sur une *res hereditaria*, et pour les Sabiniens, le legs *per præceptionem* fait à un *extraneus* (*Gaius*, II, 197, 212, 218, 222).

La pratique tira de là une conséquence importante; il fut admis que le légataire aurait la faculté de considérer comme fait *per damnationem* tout autre legs valable, et de substituer à l'action en revendication ou *familiæ erciscundæ* la *condictio ex testamento*, s'il y trouvait avantage (L. 84, § 13; L. 85; L. 108, § 2, D., *De legatis*, 1°, 30).

Cependant le sénatusconsulte Néronien laissait subsister les anciennes formules. Un nouveau progrès fut accompli en 339; une décision des fils de Constantin permit de faire en termes quelconques chacun des quatre legs; on les débarrassait de leurs formules solennelles pour ne s'attacher plus qu'à l'intention du testateur (L. 21, C., *De legatis*, 6-37. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 2).

III. — **Législation de Justinien.** — Une constitution fameuse de Justinien rendue en l'année 529, vint enfin supprimer les distinctions précédentes et confondre dans une classe unique tous les legs, désormais investis d'effets uniformes (L. 1, C., *Communia de legatis*, 6-43. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 2).

Le légataire peut dorénavant poursuivre son legs, par trois actions, la *rei vindicatio*, la *condictio ex testamento* et l'*actio hypothecaria*. La revendication rend inutile toute autre action et dérobe le légataire, en sa qualité de *dominus*, au concours des créanciers de l'héritier, sans qu'il ait besoin d'invoquer la *bonorum separatio*.

Mais, par la force même des choses, elle ne résulte que du legs d'un corps certain dont la propriété appartenait au testateur, et l'action personnelle reste seule possible dans le cas où le legs porte sur un fait, sur la chose d'autrui, sur un genre qui manque dans

la succession, etc. Lorsque les deux actions compètent ensemble au légataire; il est toujours libre de choisir entre elles, et son choix n'a rien d'irrévocable; c'est une exception à la règle qu'on n'est pas admis à *condicere rem suam* (*Gaius,* IV, 4. — *Inst.*, L. IV, t. VI, *De actionibus*, § 14).

Quant à l'action hypothécaire, elle confirme et développe, par un droit de suite, le droit de préférence que la *bonorum separatio* classique procurait au légataire contre les créanciers de l'héritier. Cette hypothèque se fonde sur une présomption de volonté du testateur. Elle est spéciale, en ce sens qu'elle frappe seulement les biens du défunt sans toucher aux biens personnels de son successeur. S'il y a plusieurs institués, chacun d'eux n'est hypothécairement tenu que jusqu'à concurrence de la portion qu'il supporte personnellement dans la charge du legs (L. 1, C., *Communia de legatis,* 6-43. — *Contra,* C. C., art. 1017).

Mais après le partage, et en vertu de l'effet translatif que lui reconnait la loi romaine, il n'en sera plus de même; car toute chose héréditaire, mise dans le lot d'un cohéritier, s'y trouvera grevée de l'hypothèque pour la propre part de ce dernier dans le legs, et pour les parts que devaient supporter les cohéritiers dont il est l'ayant-cause.

§ II.

De l'ouverture et de l'acquisition des legs; dies cedit, dies venit.

Les jurisconsultes romains avaient imaginé deux locutions techniques pour caractériser l'ouverture et l'acquisition des legs; ils se servaient ordinairement des expressions : *dies cedit* et *dies venit.*

Dies venit (le terme est venu) signifie toujours que le droit est exigible, dans les obligations contractées entre-vifs aussi bien que dans les legs.

Dies cedit (le terme s'avance) signifie, dans les obligations contractées entre-vifs, que le droit, sans être encore exigible, a du moins une existence d'ores et déjà certaine. Dans les legs, la *diei cessio* n'est que le moment de la fixation éventuelle du droit; ce n'est qu'une ouverture précaire et provisoire de la vocation du légataire (L. 213, D., *De verb. sign.*, 50-16).

Détermination du dies venit. — A quel moment se place le

dies venit dans les legs, autrement dit, quand le droit du légataire devient-il exigible? Lorsque le legs est pur et simple, le *dies venit* se produit au jour de l'adition, si l'héritier institué est un héritier externe, au décès du testateur si l'héritier est un héritier nécessaire. Que si le legs est affecté d'une modalité suspensive, *dies a quo* ou *conditio ex qua*, le *dies venit* se place alors à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition (L. 21, D., *Quando dies leg.*, 36-2).

La fixation du *dies venit* ne présente pas une grande importance; elle détermine seulement le jour à partir duquel le légataire peut exercer contre les débiteurs du legs les diverses actions qui lui compètent. D'ailleurs, même avant l'exigibilité, le légataire pourrait prendre diverses mesures conservatoires de son droit et notamment demander la séparation des patrimoines et réclamer la *cautio legatorum* (*infra*, p. 363).

Fixation du dies cedit. — Pour marquer le moment de la *diei cessio,* on distingue entre les legs purs et simples ou à terme, d'une part, et, d'autre part, les legs conditionnels.

Le legs est-il pur et simple ou à terme : l'ancien droit et le droit de Justinien placent le *dies cedens* à la mort du testateur. On verra, sur la théorie des lois Caducaires, qu'une disposition spéciale l'avait reculé, dans le droit classique, jusqu'à l'ouverture du testament, *apertura tabularum* qui avait lieu trois ou cinq jours après le décès (*Ulpien*, R., t. XVII, § 1; t. XXIV, § 31. — L. 1, C., *De caducis toll.*, 6-51).

Le legs est-il conditionnel ou à terme incertain? Le *dies cedit* se produit alors à la réalisation de la condition ou à l'arrivée du *dies incertus.* Quand le légataire meurt *pendente conditione,* ses héritiers ne recueillent pas la libéralité dont il n'avait que l'espérance, et qui ne leur était pas adressée; c'est ici l'une des principales différences entre les testaments et les contrats (L. 5, § 2; L. 21, D., *Quando dies leg.*, 36-2. — Conf., C. C., art. 1040, 1041).

Exceptions. — Ces règles reçoivent quelques exceptions nécessaires; on peut en indiquer trois.

1° Supposons d'abord un esclave que son maître affranchit par testament, en lui faisant un legs. Si la *diei cessio* avait lieu au jour de la mort, le legs serait nul, parce que l'héritier qui en est débiteur en deviendrait créancier par l'intermédiaire de l'esclave; or ces deux qualités de créancier et de débiteur sont incompatibles. On recule donc le *dies cedit* jusqu'au moment de l'adition; car à cette

époque l'esclave deviendra libre, et le droit au legs prendra immédiatement naissance à son profit (L. 17, D., *Quando dies leg.*, 36-2. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

2° Supposons de même un legs d'usufruit, d'usage ou d'habitation. Le *dies cedit* est ici confondu avec le *dies venit*. En effet, on le reporte, si le legs est pur et simple, au jour de l'adition, et, si le legs est à terme ou conditionnel au jour de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition. La raison en est que ces servitudes sont exclusivement attachées à la personne du titulaire, et que sa mort ou sa *capitis deminutio* éteint son droit à les réclamer, aussi bien qu'elle les éteindrait une fois constituées. Dès lors, il était préférable de fixer le *dies cedens* à l'instant même où le légataire pouvait réellement entrer en jouissance. D'une part, il n'importait nullement aux héritiers du légataire que la *diei cessio* fût effectuée plus tôt, puisqu'elle n'aurait pas produit en leur faveur son effet ordinaire de rendre le legs transmissible. D'autre part, il importait beaucoup au légataire qu'on la retardât, puisqu'il échappait ainsi au danger de se voir dépouillé par une *capitis deminutio* antérieure à l'adition (L. 2; L. 3; L. 5, § 1, D., *Quando dies leg.*, 36-2. — F. V., § 60).

3° Supposons enfin un legs d'usufruit fait à une hérédité jacente représentée par un *servus hereditarius*. Si le *dies cedit* avait lieu au moment où l'héritier tenu des legs fait adition, le legs serait inefficace, parce qu'il est de principe que pour pouvoir acquérir un droit d'usufruit il faut être physiquement capable d'en jouir. On recule alors la *diei cessio* jusqu'au jour où l'hérédité à laquelle appartient l'esclave aura été elle-même acceptée (L. 16, § 1, D., *Quando dies leg.*, 36-2).

Intérêts pratiques du dies cedit. — La détermination exacte et précise du *dies cedit* importe à quatre points de vue principaux :

1° Le legs resterait inefficace, si le légataire n'était pas vivant et capable au *dies cedens* (L. 4, pr., D., *Quando dies leg.*, 36-2. — Conf., C. C., art. 1039, 1040) (1).

2° Le droit éventuel du légataire porte sur la chose telle qu'elle est au jour du *dies cedit*. La gravité de cette remarque apparaît vite, si l'on suppose notamment que l'objet était une *universitas*, comme

(1) Les legs faits à l'empereur étaient affranchis de cette règle (L. 56, D., *De legatis*, 2°, 31).

un pécule, un troupeau, qui a pu s'accroître ou diminuer depuis cette époque (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, §§ 17-20).

3° Le *dies cedens* détermine la personne qui doit profiter du legs. En effet, lorsque le légataire se trouve sous la puissance d'autrui à un titre quelconque, c'est la personne investie de la puissance au moment du *dies cedit* qui recueille la disposition et en profite, alors même que le légataire deviendrait *sui juris* ou changerait de puissance avant l'acquisition du legs (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 23. — L. 5, § 7, D., *Quando dies leg.*, 36-2).

4° L'effet le plus important de la *diei cessio* c'est de rendre transmissible le droit éventuel du légataire. S'il meurt avant que l'adition de l'hérédité lui ait permis de le réaliser, ses héritiers ou successeurs universels pourront le recueillir à sa place; car il eût été injuste de l'exposer à perdre le legs par son décès avant l'adition d'hérédité, qui ne dépend pas de lui (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 30. — L. 5, pr., D., *Quando dies leg.*, 36-2).

III.

Place, modalités et motifs des legs.

Place des legs. — Bien que le sénatusconsulte Néronien eût tempéré la rigueur des formules dans la législation classique des legs, une règle gênante subsista cependant jusqu'à Justinien. Il fallait, sous peine de nullité, que tout legs suivît l'institution dans le testament; on en donnait la raison que, pour supporter cette charge, un héritier est indispensable, et qu'il n'y a pas d'héritier avant l'institution. Ce principe ne fléchissait pas même dans le legs de liberté (*Gaius*, II, 229, 230).

Justinien supprima dès l'année 528, cette formalité aussi rigoureuse qu'arbitraire, en décidant qu'il n'y aurait plus d'ordre matériel à suivre entre les dispositions du testament (L. 24, C., *De testamentis*, 6-23. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 34).

Modalités dans les legs. — Un legs peut être fait purement et simplement; il peut aussi être affecté de certaines modalités et notamment d'un terme ou d'une condition.

Les modalités suspensives, terme *a quo* et condition *ex qua* sont librement admises dans le legs. Quant aux modalités résolutoires, terme *ad quem* et condition *ad quam*, elles entraînaient la nullité du

legs dans le droit des jurisconsultes; car on se rappelle que la propriété ne pouvait se transférer valablement *ad tempus*, et l'on n'avait pas ici, pour réputer ces modalités non écrites, le même motif qu'en matière d'institution, c'est-à-dire la crainte d'ouvrir la succession *ab intestat*. Mais Justinien reconnut l'efficacité de ces modalités résolutoires (L. 26, C., *De legatis*, 6-37).

Par une autre dérogation à l'ancienne jurisprudence, qui ne tolérait pas qu'une obligation pût naître activement ou passivement dans la personne d'un héritier, évidemment personne incertaine, avant d'avoir pris naissance sur la tête de l'auteur, Justinien valida les legs faits, soit pour une époque postérieure à la mort, *post mortem* de l'héritier ou du légataire, soit pour la veille de leur mort, *pridie quam heres* ou *quam legatarius moriatur* (L. 11, C., *De cont. et comm. stip.*, 8-38. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 35. — *Gaius*, II, 232, 233).

Quant aux détails relatifs à la condition, il suffit d'appliquer ici les règles des institutions conditionnelles spécialement, sur l'époque où la condition doit s'accomplir, sur la caution Mucienne dans le cas où le legs est affecté d'une condition potestative négative et sur l'effet des conditions impossibles ou illicites (*supra*, p. 280).

Cautio legatorum. — Il est nécessaire de mentionner ici une sûreté particulière que le droit prétorien accorde aux légataires à terme ou sous condition. Les légataires ne sont pas dans la situation des créanciers ordinaires, ils n'ont pas pu exiger des garanties de leur débiteur, puisqu'ils n'ont pas concouru à la disposition testamentaire, il peut donc arriver qu'ils se trouvent, lors de l'exigibilité de leur droit, en présence d'un héritier insolvable qui ne pourra pas les payer ou d'un héritier récalcitrant qui contestera la validité ou l'étendue des legs.

Pour remédier à ce double inconvénient, le préteur permet à tout légataire à terme ou conditionnel d'exiger, sauf clause contraire du testament, la *cautio legatorum*. Or la *cautio legatorum* consiste dans une promesse personnelle de l'héritier, laquelle prévient tout débat ultérieur de sa part, et dans une satisdation, qui écarte le danger de son insolvabilité. Le refus de cette sûreté entraîne un envoi du légataire en possession des biens de la succession; cet envoi, purement conservatoire, ne le met pas d'ailleurs *in causa usucapiendi* (L. 1, pr., D., *Ut legata*, 36-3; L. 5, D., *Ut in poss. leg.*, 36-4. — L. 7, C., *Ut in poss. leg.*, 6-54).

Motifs des legs. — Le legs a sa cause dans un sentiment de bienveillance pour le légataire.

Dès lors, il n'a nul besoin de reposer sur un motif précis, et l'indication même d'un motif inexact ne le vicie pas; c'est la règle *legato falsa causa non nocet.* Par exception, si les termes du testament ou quelque autre circonstance laissaient entendre que le testateur a subordonné le legs au motif indiqué, le légataire pourrait échouer contre une exception de dol (L. 72, § 6, D., *De cond. et dem.*, 35-1. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 31).

En vertu de la même idée, était nul le legs laissé *pœnæ nomine*, c'est-à-dire celui qui était fait, moins pour gratifier le légataire que pour imposer à l'héritier l'obligation de faire un certain acte ou de s'abstenir de tel fait. Cette nullité devait soulever bien des contestations; il n'était pas aisé de reconnaître, dans la pratique, si le testateur avait voulu faire le legs à titre de peine ou seulement sous condition. Aussi Justinien eut-il raison d'abroger cette règle, qui remontait probablement au règne d'Antonin le Pieux; il rétablit l'ancien droit et consacra toutes les dispositions faites par testament *pœnæ nomine*, à moins qu'elles n'eussent pour objet de pousser à l'accomplissement d'un acte illégal ou immoral (*Gaius*, II, 235, 236. — L. 1, C., *De his quæ pœnæ*, 6-41. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 36).

§ IV.

Des personnes dans les legs.

Tout legs met nécessairement en présence trois personnes : le *disposant*, celui qui fait le legs; le *légataire*, celui qui en profite; le *grevé*, celui qui doit l'acquitter.

Disposant. — Pour pouvoir faire un legs il faut et il suffit que le disposant jouisse de la *factio testamenti* active; il faut, en d'autres termes, qu'il puisse laisser un testament, puisque le legs se fait dans l'acte testamentaire (*supra*, p. 284).

Il faut de plus ajouter que pour faire un legs *per vindicationem* portant sur un corps certain, il fallait, à l'origine du moins, que le testateur fût propriétaire *ex jure Quiritium* au moment de la confection du testament et au moment du décès (*Gaius*, II, 196).

Légataire. — Peuvent seuls recevoir des legs ceux qui ont la

factio testamenti passive avec le testateur. *Legari autem illis solis potest cum quibus testamenti factio est* (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 24) (1).

Cette capacité doit exister au jour du testament, et au moment de l'ouverture du legs, *dies cedit*, mais de même qu'on n'exige pas que l'institué reste capable depuis le testament jusqu'à la délation de l'hérédité, de même il est indifférent que le légataire perde sa capacité par la suite, pourvu qu'il la recouvre avant la *diei cessio* (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 24).

Cette règle excluait à l'époque classique les personnes incertaines, et notamment les posthumes externes. Cependant les exceptions étaient ici plus faciles qu'en matière d'institution. Ainsi, les cités n'obtinrent la *factio testamenti* qu'au temps de l'empereur Léon, et néanmoins elles purent recueillir un legs dès l'époque de Nerva et d'Adrien; les corporations autorisées furent investies du même droit par Marc-Aurèle. Justinien permit de faire des legs aux personnes incertaines et aux posthumes externes sous la seule restriction que ceux-ci ne seraient pas des enfants incestueux ou adultérins du testateur (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 28. — L. 20, D., *De rebus dubiis*, 34-5. — L. 1, C., *De incertis pers.*, 6-48. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, §§ 25, 26, 27, 28).

L'héritier se trouve dans une position spéciale. Quoique doué de la *factio testamenti*, et capable par conséquent d'être légataire, il ne peut toutefois recevoir un legs dont il serait lui-même tenu; car il n'en saurait avoir à la fois la charge et le profit, la dette et la créance (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 22). Mais si le testateur institue plusieurs héritiers, il est libre d'avantager l'un d'eux par un legs, appelé *prælegatum*, qui s'exécutera pour les fractions imposées aux cohéritiers du légataire, et qui restera nul dans la mesure de la part qui incombe à l'héritier légataire. — L. 34, §§ 11, 12, D., *De legatis*, 1°, 30; L. 18, § 3, D., *Ad senat. Treb.*, 36-1; L. 74, D., *Ad leg. Falc.*, 35-2).

Pour le même motif, on ne peut faire non plus un legs à l'esclave de l'héritier, si on ne lui laisse en même temps la liberté par fidéicommis. Il est également impossible de faire un legs à l'esclave du testateur à moins que cet esclave ne soit affranchi directement ou indirectement ou qu'il ne soit lui-même légué à un tiers; le legs

(1) Le légataire doit également être investi du *jus capiendi* (*supra*, p. 295).

fait à l'esclave appartiendrait alors au légataire de l'esclave. Quant au *servus alienus*, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse valablement jouer le rôle de légataire pourvu que son maître ait la *factio testamenti* passive avec le défunt (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 24).

D'ailleurs, dès que le légataire est capable de recueillir, le legs doit s'exécuter, alors même que le testateur se serait trompé sur le nom, le surnom, les prénoms, ou la profession du légataire ; il suffit qu'aucun doute ne puisse planer sur la volonté du disposant (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 29).

Grevé. — Avant Justinien, les héritiers régulièrement institués dans le testament peuvent seuls être chargés de legs. Chaque héritier testamentaire supporte, en règle générale, une part des legs proportionnelle à sa part héréditaire à moins que le testateur n'ait spécialement désigné celui des institués qui devait acquitter tels legs déterminés. D'ailleurs, aucun d'eux ne doit subir les legs au delà de ce qu'il retire de la succession, et si l'héritier renonce, il fait cesser la cause de son obligation (*Ulpien*, R., t. XXIV, §§ 20, 21. — L. 122, § 2, D., *De legatis*, 1°, 30).

Mais lorsque les legs eurent été assimilés aux fidéicommis, le disposant put valablement grever de legs tous ceux qui prennent quelque chose dans sa succession, il put donc en imposer, non-seulement aux héritiers testamentaires, mais encore aux légataires, aux fidéicommissaires et même aux héritiers *ab intestat* (*Inst.*, L. II, t. XXIV, *De singulis rebus per fid.*, pr. — L. 2, C., *Comm. de legatis*, 6-43).

§ V.

De l'objet des legs.

Un legs n'a valablement pour objet que les choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine du légataire. Sont donc nuls *ab initio* les legs suivants : 1° le legs d'un fait illicite ou immoral ; 2° le legs d'une chose qui n'existe plus ou qui n'a jamais existé, par exemple, d'un esclave mort ou d'un hippocentaure ; 3° le legs d'une chose qui est hors du commerce, soit d'une manière absolue, soit à l'égard du légataire seulement (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 9. — L. 112, § 3, D., *De legatis*, 1°, 30 ; L. 49, § 2, D., *De legatis*, 2°, 31. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, §§ 4-7).

Lorsque la chose léguée est *extra commercium* d'une manière

absolue, comme un homme libre ou un temple, le legs est atteint d'une nullité définitive et rien ne la fait disparaître, pas même la circonstance qu'il est fait sous la condition que la chose rentrera dans le commerce. Mais, au contraire, dans le cas où la chose est hors du commerce à l'égard du légataire seulement, rien ne s'oppose à ce qu'on lègue sous une condition, si le légataire est devenu, lors de l'accomplissement de la condition, capable d'acquérir l'objet de la disposition (L. 18, D., *De legatis*, 2°, 31).

La nullité du legs empêche le légataire de réclamer non seulement la chose léguée, mais encore son estimation.

Dès qu'il est certain que le testateur a voulu léguer telle chose et que cette chose est susceptible d'appropriation privée, le legs doit s'exécuter, alors même que le testateur aurait donné une fausse qualification ou une indication inexacte de la chose léguée; *falsa demonstratione legatum non perimitur* (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 30).

On peut distinguer trois catégories de legs fondées sur l'objet: 1° legs de choses corporelles; 2° legs de choses incorporelles; 3° legs d'une *universitas juris*.

I. — **Legs de choses corporelles.** — Le legs de choses corporelles peut s'appliquer à une chose future, à une quantité ou à un genre, et à un corps certain.

1° *Choses futures.* — Le legs peut avoir pour objet une chose future, comme par exemple l'enfant qui naîtra de telle esclave, la récolte que donnera tel fonds, etc. Il est alors affecté nécessairement d'une condition tacite, et ne saurait, dans le droit classique, valoir comme legs, *per vindicationem*; car la chose léguée n'a jamais appartenu au défunt (*Gaius*, II, 203. — L. 25, § 1, D., *Quando dies leg.*, 36-2. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 7).

2° *Legs de genre ou de quantité.* — Le legs de genre ou de quantité est celui qui porte sur une chose déterminée seulement dans son genre, comme une somme d'argent, vingt mesures de blé, un esclave en général, deux bêtes à prendre dans un troupeau, etc. Au temps des jurisconsultes, ce legs ne pouvait être fait *per vindicationem* qu'autant que la succession comprenait des objets rentrant dans le genre indiqué et alors le choix appartenait au légataire, parce que la revendication implique une désignation précise de ce qu'on réclame. Fait *per damnationem*, il laissait le choix à l'héritier en sa qualité de débiteur, et l'exercice n'en était plus restreint aux

choses comprises dans l'hérédité. A l'époque de Justinien, à défaut d'une volonté contraire exprimée par le testateur, le concours des actions assure toujours au légataire l'option que lui donnait auparavant la revendication, pourvu que l'objet du legs ne manque pas absolument dans la succession. Mais le légataire n'a jamais pu exiger une chose de la meilleure qualité, ni l'héritier l'imposer de la pire (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 14. — L. 37, D., *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 22. — Conf., C. C., art. 1022).

3° *Legs de corps certain.* — Le legs de choses corporelles a le plus souvent pour objet un corps certain, c'est-à-dire une chose déterminée *in specie*. Appliquée à la chose du testateur dans les formes et sous les conditions qui le rendent possible *per vindicationem*, il est valable, alors même que le testateur aurait ignoré son droit de propriété; c'est le principe que la réalité prévaut sur la croyance, *plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione* (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 11).

Quand la chose léguée appartient au légataire lui-même, on tombe sous l'empire de la règle Catonienne, qui sera bientôt expliquée. Que si elle appartient à l'héritier, le legs est toujours valable, alors même que le testateur l'aurait crue sienne, car l'héritier n'a pas besoin de l'acquérir pour exécuter le legs (L. 67, § 8, D., *De legatis*, 2°, 31).

Enfin, lorsque le legs du corps certain porte sur la chose d'autrui, il ne renferme en lui-même aucune impossibilité ni physique ni juridique. Il ne sera nul que si le testateur s'est cru propriétaire, parce qu'on présume que s'il avait su que la chose fût à autrui, il n'aurait pas voulu la léguer. Mais, s'il est établi en fait, que le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas, le legs sera valable; l'héritier devra se procurer la chose, et s'il ne peut y parvenir, il en paiera la valeur au légataire. C'est au légataire, en sa qualité de demandeur, à prouver la validité de son legs, c'est-à-dire à démontrer que le testateur connaissait le droit des tiers sur la chose léguée. Cette théorie, conforme sans doute à la saine interprétation des volontés du disposant, était peu satisfaisante en pratique, en raison des procès et des difficultés qu'elle soulevait entre l'héritier et le légataire; aussi, notre Code civil l'a-t-il répudiée (L. 21, D., *De probationibus*, 22-3. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 4. — *Contra*, C. C., art. 1021) (1).

(1) Cette règle ne s'applique pas au legs fait à un conjoint ou à un proche pa-

II. — **Legs de choses incorporelles.** — Un legs ne s'applique pas seulement à des choses corporelles, il peut aussi porter sur des choses incorporelles : *Tam autem corporales res quam incorporales legari possunt* (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 21).

Il arrive souvent en effet que le legs a pour objet, soit un droit réel ou de créance, soit un fait.

1° *Legs de droit réel.* — Le legs de droit réel s'applique ordinairement aux servitudes prédiales ou personnelles : il en est le mode de constitution le plus fréquent. Cette matière nous est déjà connue; la seule remarque à faire, c'est qu'après la suppression de toute différence entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*, il n'importe plus que le testateur établisse lui-même la servitude, ou charge son héritier de l'établir. Le legs peut également servir à constituer un droit réel prétorien tel qu'un droit de superficie ou d'emphytéose.

2° *Legs de créance.* — Un créancier peut léguer à un tiers son droit de créance, *legatum nominis*. Ce legs est nul ou s'évanouit, si la créance léguée n'existe pas, ou vient à s'éteindre du vivant du testateur. Il ne vaut jamais *per vindicationem*, car la revendication est inapplicable aux créances (L. 75, §§ 1, 2, D., *De legatis*, 1°, 30).

Ce legs ne transfère pas directement le droit du défunt au légataire, et ne lui donne pas la faculté d'agir de son propre chef contre le débiteur, parce qu'il n'est pas le continuateur de la personne du créancier. L'unique effet d'un pareil legs, c'est d'obliger l'héritier, seul investi de la créance, à faire au légataire une cession d'actions, à l'aide des procédés que nous examinerons plus loin. Si l'héritier refusait de procéder à cette cession, on la tiendrait pour accomplie et l'on investirait le légataire d'actions utiles contre le débiteur. D'ailleurs, l'héritier ne garantit pas l'efficacité des actions qu'il cède (L. 105, D., *De legatis*, 1°, 30 — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 21).

3° *Legs de dette.* — Un débiteur peut léguer à son créancier ce qu'il lui doit, *legatum debiti*. Ce legs est ordinairement nul, quand il n'y a pas d'obligation; toutefois cette circonstance ne l'empêche pas de valoir, si le testateur a nettement désigné telle chose comme l'objet de sa prétendue dette; on dit en ce sens que *falsa demons-*

rent; dans ce cas, le legs est toujours valable, fût-il même démontré que le testateur croyait la chose sienne (L. 10, C., *De legatis*, 6-37).

tratio non nocet (L. 75, § 1, D., *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 15).

Quand la chose léguée est véritablement due au légataire, le legs n'est valable qu'à la condition de lui procurer un avantage jusqu'alors étranger à son droit de créancier. Tel est le résultat qui se produit, par exemple, lorsque la dette primitive n'était que naturelle ou productive d'une action temporaire; le legs la rend civile et lui attache une action perpétuelle. De même, si la dette primitive était à terme ou conditionnelle, le legs la rend immédiatement exigible ou certaine (L. 28, pr., D., *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 14).

Dans cette hypothèse, quand la condition accomplie ou le terme échu, du vivant du testateur, faisait perdre au legs l'avantage qu'il devait avoir sur la créance, certains jurisconsultes de l'époque classique l'annulaient. Mais l'opinion contraire soutenue par Papinien prévalut justement; en effet, le créancier gagnait toujours à ce legs la chance d'obtenir, s'il était *per damnationem*, une condamnation au double en cas d'*infitiatio*, et, s'il était *sinendi modo*, des intérêts en cas de *mora*. Il est à remarquer que dans le droit de Justinien le *legatum debiti* présentera presque toujours un avantage pour le légataire en ce qu'il lui donnera une hypothèque tacite pour garantir le paiement de sa créance (L. 82, pr., D., *De legatis*, 2°, 31. — L. 5, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2. — *Gaius*, II, 280) (1).

4° *Legs de libération.* — Le legs de libération s'adresse au débiteur et tend à le libérer de tout ou partie de sa dette; il peut être fait par le créancier ou par un tiers.

Émané du créancier lui-même, il ne fait pas disparaître la dette, parce que la loi ne le compte pas dans le nombre rigoureusement déterminé des modes d'extinction des obligations (L. 44, § 1, D., *De oblig. et act.*, 44-7).

Mais ce legs produit au fond un résultat analogue, par l'une ou l'autre de deux voies : 1° il fournit d'abord au légataire une exception de dol contre l'action de créance que le droit strict maintient

(1) Dans ce legs, rentre la *relegatio dotis*, ou legs de la dot que le mari fait à sa femme. Il est toujours avantageux, par conséquent toujours valable, comme on l'a vu sur la théorie générale de la dot. Ce legs permet, en effet, à la femme d'agir avant l'expiration des délais fixés pour la restitution de sa dot et d'échapper aux *retentiones propter impensas utiles* que le mari aurait pu lui faire subir de droit commun (L. 1, § 2; L. 5, D., *De dote præl.*, 33-4. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 15).

encore à l'héritier; 2° le légataire peut également prendre l'offensive par la *condictio ex testamento*, et réclamer de l'héritier sa libération définitive. Si la dette est à terme ou conditionnelle, l'action du légataire est recevable avant la condition accomplie ou le terme échu; car ce legs est toujours réputé pur et simple. Le plus souvent, l'héritier doit procéder à l'extinction de sa créance par le moyen direct et radical de l'acceptilation; mais, lorsqu'il a d'autres débiteurs coobligés (*correi*, *fidéjusseurs*) que cet acte libérerait du même coup, le légataire n'est admis à lui demander qu'un pacte personnel *de non petendo*. A la différence de l'acceptilation, qui supprime absolument le droit et l'action, ce pacte ne donne qu'une exception contre la poursuite. Mais il améliore néanmoins la situation du légataire, parce que l'héritier reconnaît, en y procédant, la validité du legs (L. 3, § 3; L. 5, § 1, D., *De liberat. legat.*, 34-3; L. 19, § 3, D., *Quando dies legat.*, 36-2. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 13).

Émané d'un tiers, le legs de libération oblige l'héritier, soit à payer la dette du légataire, soit à lui en rembourser le montant, soit à lui procurer sa libération d'une manière quelconque (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 21, *in fine*).

La volonté de libérer un débiteur se manifeste quelquefois par de simples indices. L'intention du testateur constitue alors, sinon un legs, du moins un fidéicommis (L. 3, § 1, D., *De liberat. legat.*, 34-3. — L. 17, C., *De fideicommissis*, 6-42) (1).

5° *Legs d'un fait.* — Le legs d'un fait est valable, lorsqu'il enjoint à l'héritier de faire, de ne pas faire ou de tolérer des actes qui n'ont rien d'illégal ni d'immoral. Ainsi le testateur a dit : *Heres meus damnas esto Titii domum reficere;* le légataire Titius aura la *condictio ex testamento* contre l'héritier pour l'obliger à reconstruire sa maison et à défaut à lui payer une indemnité qu'évaluera le juge (L. 112, §§ 3, 4, D., *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 21).

6° *Legs d'option.* — L'exemple le plus remarquable de legs portant sur un fait est le legs d'option, *legatum optionis*. Bien différent des legs de genre, qui portent sur des choses corporelles et indéterminées, le legs d'option a un objet incorporel; il investit le léga-

(1) Si le testateur avait simplement voulu faire une concession de terme à son débiteur, celui-ci aurait le droit de se faire consentir par l'héritier un pacte *de non petendo ad tempus* (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 13, *in fine*).

taire ou plus rarement un tiers, de la faculté de choisir un ou plusieurs objets héréditaires, comme un esclave, une bête de somme, un meuble, etc. (L. 14, D., *De op. vel elect. leg.*, 33-5. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 23).

Les anciens jurisconsultes considéraient cette faculté comme personnelle, et déclaraient en conséquence le legs éteint par la mort de la personne investie du choix, ou s'il y en avait plusieurs, par leur dissentiment. Cette logique rigoureuse fut tempérée par Justinien. 1° Si les colégataires ou les cohéritiers du légataire unique ne s'entendent pas, le droit de choisir sera désormais attribué par le sort à l'un d'entre eux; cette décision suppose que la mort du légataire n'éteint plus la faculté d'option et qu'elle passe à ses héritiers. 2° Si le tiers désigné pour choisir décède ou refuse, la faculté d'option appartient alors au légataire lui-même, qui ne peut néanmoins l'exercer que sur une chose de moyenne qualité (L. 69, D., *De cond. et dem.*, 35-1. — L. 3, C., *Communia de leg.*, 6-43. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 23).

Les actes de disposition faits par l'héritier, antérieurement à l'option, ne sont pas opposables au légataire. Ce dernier est armé de l'action *ad exhibendum* pour arriver à l'exercice de son droit (L. 4; L. 5; L. 8, § 3, D., *De optione leg.*, 33-5).

III. — **Legs d'une universitas juris.** — Le legs est enfin susceptible d'avoir pour objet une *universitas juris*, c'est-à-dire un ensemble de choses corporelles et incorporelles. Il y en a deux principaux exemples : le legs d'un pécule et le *legatum partitionis*.

1° *Legs d'un pécule.* — Un maître peut léguer le pécule d'un esclave à un tiers ou à l'esclave lui-même en l'affranchissant (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 20) (1).

Quand le *legatum peculii* s'adresse à l'esclave, le *dies cedens* en est reculé jusqu'à l'adition, suivant des principes déjà posés, d'où il résulte que l'esclave légataire profitera de toutes les acquisitions réalisées depuis le jour du décès jusqu'à l'adition; d'ailleurs l'esclave, quoique tenu de payer ses dettes naturelles envers le maître,

(1) L'affranchissement testamentaire, à la différence de l'affranchissement *inter vivos*, n'emporte pas de plein droit attribution du pécule à l'esclave affranchi, il faut que le pécule ait été légué; d'ailleurs ce legs n'a pas besoin d'être formel, il s'induit de toute déclaration de volonté suffisamment claire. Ainsi, le *legatum peculii* est présumé fait à l'esclave lorsque le testateur a déclaré qu'il sera libre après avoir rendu ses comptes et payé le reliquat (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 20, *in fine*. — *supra*, p. 19).

n'est pas autorisé à recouvrer ses créances naturelles contre la succession (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

Au contraire, lorsque le legs du pécule s'adresse à un tiers, le tiers exercera ou subira les créances ou dettes naturelles qui existaient entre le maître et l'esclave, et le *dies cedit* se déterminera d'après les règles ordinaires (L. 6, § 4, D., *De pecul. leg.*, 33-8. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 20).

Du reste, en aucun cas, les créances ou dettes du pécule envers les tiers ne se transmettent de plein droit au légataire; elles restent à l'héritier sous la réserve d'arrangements à prendre avec le légataire (L. 5; L. 18, D., *De pecul. leg.*, 33-8).

2° *Legs partiaire.* — Ce legs, appelé *legatum partitionis*, porte sur une quote-part, non de l'hérédité, mais des biens du testateur; dans le silence du testament, cette quote-part est de moitié (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 25).

Cette espèce de legs n'a nullement pour résultat de faire du légataire un continuateur de la personne du défunt, c'est-à-dire un cohéritier de l'institué. De là découle une conséquence capitale, c'est que les créances et dettes du *de cujus* passent toutes sur la tête de l'héritier, seul investi ou tenu des actions héréditaires. Mais il intervient entre eux des stipulations réciproques, nommées *partis et pro parte*, pour assurer au légataire sa part dans le produit de chaque créance, et à l'héritier le remboursement d'une part correspondante dans la charge de chaque dette. En outre, comme le légataire n'est pas institué, il n'a pas de copropriété dans les biens corporels et ne peut exercer l'action *familiæ erciscundæ*, les jurisconsultes discutaient, par conséquent, la question de savoir s'il avait droit à sa portion de chaque chose en nature, ou seulement à la valeur en argent. Enfin la répudiation de l'héritier faisait tomber son legs (*Gaius*, II, 254, 257. — *Ulpien*, R., t. XXV, § 15. — L. 26, § 2; L. 27, D., *De legatis*, 1°, 30).

On verra qu'à l'époque de Justinien le *legatum partitionis* se confond avec le fidéicommis à titre universel et, c'est pour cela sans doute, que les Institutes n'en parlent pas au titre *de legatis* (*Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, §§ 5, 6).

§ VI.

De la délivrance des legs.

Le legs n'entre définitivement dans le patrimoine du légataire que par un acte d'acceptation réalisé par lui après l'adition de l'hérédité. Cette acceptation présente d'ailleurs les mêmes caractères que l'adition d'hérédité elle-même; elle peut être expresse ou tacite, mais elle ne peut pas être partielle (*Paul*, S., L. III, t. VI, § 12. — L. 120, § 1, D., *De legatis*, 1°, 30).

Le legs, on le sait, frappe la chose telle qu'elle est au moment du *dies cedit*, c'est-à-dire avec les augmentations ou diminutions qu'elle a pu recevoir depuis la confection du testament jusqu'à ce jour; c'est donc en cet état que l'héritier doit la livrer. A *fortiori* le légataire profite-t-il des plus-values naturelles ou fortuites qui surviennent après la *diei cessio*, et souffre-t-il des moins-values non imputables à l'héritier. C'est par application de ce principe, que le legs d'un troupeau porte sur toutes les têtes qui le composent au jour du décès, et que le legs d'une maison comprend les marbres, les colonnes et d'une manière générale tous les embellissements qu'elle a pu recevoir depuis la confection du testament (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, §§ 18, 19. — Conf., C. C., art. 1018, 1019).

Il résulte encore de cette règle que le légataire a droit au rétablissement des servitudes qui grevaient le fonds de l'héritier en faveur du fonds légué *per damnationem*, et que l'adition d'hérédité avait *jure civili* éteintes par confusion (L. 116, § 4, D., *De legatis*, 1°, 30).

Mais il est possible, au contraire, que la chose léguée soit elle-même grevée de droits réels : servitudes, usufruit, hypothèque. Le légataire est-il tenu de la recevoir telle qu'elle est, sans pouvoir exiger que l'héritier la dégrève?

La réponse varie suivant les hypothèses. S'agit-il de servitudes prédiales, le légataire doit les supporter, à moins que le fonds ne lui ait été légué *uti optimus maximusque*. S'agit-il d'un usufruit, l'héritier doit en payer la valeur au légataire ou le racheter, à moins que le testateur n'en ait ignoré l'existence (L. 69, § 3, D., *De legatis*, 1°, 30; L. 66, § 6; L. 76, § 2, D., *De legatis*, 2°, 31).

Quant à l'hypothèque dont s'occupent seule les Institutes, l'héritier est tenu d'en dégrever l'objet légué, si le testateur l'a connue; dans le cas contraire, elle reste à la charge du légataire. Cette distinction repose sur l'intention présumée du testateur; il est donc permis aux intéressés de prouver l'existence d'une volonté contraire. Le légataire a d'ailleurs dans tous les cas le moyen, si l'hypothèque est exercée sur la chose léguée, d'obtenir indemnité de l'héritier après la vente, en intentant contre lui les actions que le créancier hypothécaire lui a cédées ou dont la cession a été sous-entendue à son profit (L. 57, D., *De legatis,* 2°, 31. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis,* § 5. — Conf., C. C., art. 1020, 1024).

§ VII.

Règle Catonienne.

Il est de règle que tout acte nul au moment où il se forme demeure irrévocablement nul, quoi qu'il arrive; *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.* C'est là un principe capital de la loi romaine. On l'applique notamment dans toute sa rigueur en matière de legs, quand la nullité originaire tient à l'absence de quelque condition essentielle du fond ou de forme, par exemple, à l'irrégularité du testament, à l'incapacité du testateur ou du légataire, etc. (L. 29, D., *De reg. juris*, 50-17).

Fondement théorique de la règle Catonienne. — Mais il peut arriver qu'un legs très régulier se trouve, en le supposant ouvert à l'instant de la confection du testament, inexécutable pour le moment, à raison d'un obstacle de fait purement accidentel et transitoire. Sera-t-il nul dès l'origine et sans retour, comme s'il manquait d'une condition essentielle? ou sera-t-il valable, sauf à s'évanouir si l'obstacle ne disparaît pas avant le *dies cedit?* Caton le Censeur, ou peut-être son fils, proposa un terme moyen, qui prévalut sous le nom de règle Catonienne, et dont la formule nous a été conservée par le jurisconsulte Celsus : toutes les fois que la survenance immédiate de la mort du testateur, après la confection du testament, rendrait impossible l'exécution du legs, le legs est et demeure nul, quoi qu'il arrive; *quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere*

(L. 2, § 38, D., *De origine juris*, 2-1. — L. 1, pr., D., *De reg. Caton.*, 34-7).

Or, on voit aisément que cette règle ne s'applique ni aux legs conditionnels, ni à ceux dont le *dies cedit* est reculé par exception au delà de l'ouverture de l'hérédité. Car le testateur aurait beau mourir tout de suite, il ne serait pas question d'exécuter le legs avant la *diei cessio* qui ne se produit pas encore, et l'obstacle a le temps de disparaître dans l'intervalle. Il est donc logique et conforme à l'intention du testateur de réserver tout jugement sur la validité d'un tel legs; il ne saurait tomber que par la persistance de l'obstacle jusqu'aux *dies cedit* (L. 3, D., *De reg. Caton.*, 34-7) (1).

Mais, à l'inverse, la règle Catonienne frappe les legs purs et simples d'une nullité définitive; car ils sont nuls et le demeurent, alors même qu'ils deviennent exécutables par la suite. Cette sévérité n'a rien de juste et mérite deux critiques. D'abord elle méconnaît la nature des dispositions testamentaires, qui sont toujours faites en vue de l'avenir et les traite comme des actes entre-vifs destinés à produire leurs effets immédiatement après leur confection. Ensuite elle ne tient pas compte de la volonté probable du testateur, qui entendait subordonner sans doute la validité du legs à la disparition de l'obstacle. Aussi une pareille règle n'a pas trouvé place dans notre législation.

Applications pratiques de la règle Catonienne. — La règle Catonienne concernait les legs et fidéicommis, mais n'atteignait pas les institutions d'héritier (L. 3, D., *De reg. Caton.*, 34-7; L. 8, § 1, D., *De legatis*, 3°, 32. — L. 13, C., *De legatis*, 6-37. — Conf., L. 4, D., *De reg. Cat.*, 34-7).

Les Institutes nous en signalent deux applications intéressantes :

1° Le legs pur et simple, qui a pour objet la chose même du légataire, est nul et demeure tel, nonobstant l'aliénation qu'il en consentirait du vivant du testateur (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 10. — *Contra*, L. 1, § 2, D., *De reg. Cat.*, 34-7).

Cette nullité n'a d'autre cause que l'impossibilité d'exécuter le

(1) Plusieurs commentateurs, se fondant sur ce que les lois Caducaires avaient reporté le *dies cedit* de tous les legs à l'*apertura tabularum*, en ont conclu que la règle Catonienne avait été abrogée; tel serait, d'après eux, le sens de la loi 5, D., *De reg. Cat.*, 34-7, qui dispose : *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet.* Cette doctrine doit être rejetée, car l'ensemble des textes la condamne; d'ailleurs, la loi 5 n'a pas le sens qu'on lui attribue, elle signifie simplement que la règle Catonienne ne se réfère pas aux déchéances nouvelles créées par les *leges novæ*.

legs au moment de la confection du testament; car on ne saurait acquérir une propriété qu'on a déjà, ni devenir créancier de cette propriété. Par conséquent, le même legs serait efficace s'il était fait conditionnellement ou s'il s'adressait à toute autre personne (L. 41, § 2, D., *De legatis*, 2°, 31).

Le legs serait également valable si le testateur avait véritablement légué sa chose ou celle de l'héritier, alors qu'il croyait léguer la chose du légataire, car rien ne s'oppose plus à l'exécution immédiate du legs, *quia exitum habere potest voluntas defuncti* (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 11).

2° Est encore nul par application de la règle Catonienne le legs fait purement et simplement à la personne placée sous la puissance de l'institué unique (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 32).

Bien que les Institutes ne posent la règle qu'à l'occasion de l'esclave, elle doit s'étendre pour identité de motifs à tous les individus *alieni juris*. C'est qu'en supposant le décès immédiat du testateur, le droit au legs ne pourrait se fixer qu'au profit de l'institué lui-même, qui en aurait du même coup le bénéfice et la charge; or ce cumul est impossible. Et le légataire vînt-il à sortir de la puissance de l'institué avant la mort du testateur, le legs restera nul (*Gaius*, II, 241. — *Ulpien*, R., t. XXIV, § 23. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 32) (1).

Mais s'il y a plusieurs institués, et que le legs s'adresse à l'esclave de l'un d'eux, l'impossibilité d'exécution n'est plus totale; aussi la nullité ne sera-t-elle que proportionnelle à la part héréditaire du maître de l'esclave.

Il faut enfin prévoir l'hypothèse inverse; la personne *alieni juris* est instituée, et le maître ou le père est légataire. Ce legs, même pur et simple, échappe à la règle Catonienne et produit son effet, pourvu qu'au moment de l'adition l'institué ne se trouve plus sous la puissance du légataire. En effet, si le testateur mourait immédiatement, le droit au legs serait bien fixé au profit du père ou du maître; mais il pourrait renvoyer l'institué de sa puissance avant

(1) La solution admise par les Institutes était celle qu'enseignaient les Sabiniens, mais la question était vivement controversée à l'époque de Gaius. Les Proculiens de leur côté soutenaient que le legs devait être nul dans tous les cas, qu'il fût pur et simple ou conditionnel. Enfin le jurisconsulte Servius prétendait que même le legs pur et simple devait être considéré comme valable, sauf à s'évanouir, si le légataire était encore sous la puissance de l'héritier au jour du *dies cedit* (*Gaius*, II, 244).

de lui donner l'ordre d'accepter l'hérédité; il ne deviendrait donc pas héritier par son intermédiaire, et n'aurait jamais cumulé les deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur du legs (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 33).

Autres applications de la règle Catonienne. — On peut encore indiquer d'autres applications moins connues de la règle Catonienne. Ainsi, est nul pour ce motif, le legs pur et simple fait à un *servus testatoris* lorsque cet esclave est affranchi sous une condition qui est de nature à ne pouvoir s'accomplir qu'après l'adition d'hérédité (L. 91, § 1, D., *De legatis*, 1°, 30).

De même, il faut encore annuler le legs pur et simple de colonnes, marbres ou matériaux actuellement incorporés à une maison, car le sénatusconsulte ordinairement appelé Hosidien et porté sous le règne de Claude défendait la disposition immédiate des matériaux des maisons encore construites, *ea quæ ædibus juncta sunt* (L. 41, §§ 1, 2, D., *De legatis*, 1°, 30).

§ VIII.

Extinction, révocation et translation des legs.

Quoique le testament soit valable et susceptible de produire ses effets, il peut arriver cependant que les legs deviennent inefficaces, ou par des circonstances indépendantes de la volonté du testateur, ou par la volonté même du disposant. Dans le premier cas, il y a extinction du legs; dans le second cas, il y a révocation ou translation.

Extinction des legs. — Le legs s'éteint : 1° par la renonciation du légataire; 2° par sa mort ou son incapacité survenue avant le *dies cedit;* 3° par la défaillance de la condition apposée à son droit; 4° par la perte de l'objet légué, pourvu qu'elle soit fortuite, c'est-à-dire non imputable à l'héritier. Ce dernier répond en effet non-seulement de son dol ou de sa faute, mais encore de son simple fait; par exemple, s'il affranchit son esclave dans l'ignorance du legs qui l'attribuait à quelqu'un, il devra des dommages-intérêts (L. 47, §§ 4, 5, D., *De legatis*, 1°, 30. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 16. — Conf., C. C., art. 1042, 1043) (1).

(1) Lorsque la perte fortuite est antérieure au *dies cedit,* le légataire ne peut réclamer ni ce qui reste de la chose ni les accessoires, *legatum extinguitur;* tel est le cas où le testateur a légué *servus cum peculio* ou *fundus cum instrumento*.

5° *Concours de deux causes lucratives.* — La cinquième et la plus arbitraire des causes d'extinction des legs, c'est l'acquisition gratuite de la chose. On rencontre ici la principale application d'une règle générale du droit romain, à savoir que deux causes lucratives ne peuvent concourir ensemble; en d'autres termes, toute créance à titre gratuit disparaît, lorsque l'objet dû est acquis au créancier par l'effet d'une autre cause également gratuite : *duæ causæ lucrativæ in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt.*

Ce principe aboutit, en notre matière, à trois conséquences principales : 1° si le légataire acquiert entre-vifs la propriété de la chose léguée, il n'est plus admis à demander l'exécution du legs; 2° si deux testateurs lèguent la même chose à la même personne, le légataire n'est admis à demander l'exécution du second legs qu'à la condition de n'avoir obtenu par le premier que l'estimation de la chose, non la chose elle-même; 3° si le légataire a acquis à titre onéreux la nue-propriété de la chose léguée, et que l'usufruit soit venu se joindre à son droit, par une cause normale d'extinction, il ne peut obtenir de l'héritier que la valeur de la nue-propriété, parce que l'usufruit ne lui a rien coûté (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, §§ 6, 9).

Révocation des legs. — La révocation du legs est expresse ou tacite.

Révocation expresse. — La révocation expresse devait, à l'époque classique, se faire par testament ou par codicille confirmé, et dans les termes mêmes du legs, en les affectant seulement de la particule *non;* par exemple, le legs *do, lego* se révoquait dans la forme *non do, non lego*, etc. Sous Justinien, ces deux exigences ont disparu; car tout codicille peut contenir des legs, et les formules ont été supprimées. La révocation expresse opère *ipso jure* l'extinction du legs, c'est-à-dire qu'elle enlève directement tout droit et toute action au légataire (Ulpien, R., t. XXIV, § 29. — *Inst.*, L. II, t. XXI, *De adempt. et transl. leg.*, pr.).

Révocation tacite. — La révocation est tacite, quand elle s'induit de faits qui présument de la part du testateur l'intention de révo-

Toutefois si le legs avait pour objet une esclave avec ses enfants, *ancilla cum natis,* la mort de l'*ancilla* survenue avant le *dies cedit* n'empêcherait pas le légataire de réclamer les enfants; les jurisconsultes voyaient là plusieurs legs ayant chacun un objet distinct (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 17).

quer. Elle résulte notamment des quatre circonstances suivantes :

1° De la radiation volontaire du legs effectuée par le testateur ou sur son ordre (L. 1, § 3, D., *De his quæ del.*, 28-4).

2° D'une grave inimitié survenue entre le testateur et le légataire, et non suivie de réconciliation (L. 3, § 11, D., *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

3° De qualifications injurieuses que le défunt donne au légataire dans le cours du testament (L. 13; L. 29, D., *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

4° De l'aliénation par le testateur de la chose qu'il avait léguée. Dans le droit primitif, il était admis que l'aliénation de la chose léguée entraînait toujours la révocation, quel que fut le motif de l'aliénation. Mais Septime Sévère et Caracalla firent prévaloir le principe que l'aliénation ne suffit pas à révoquer le legs, et que l'intention du testateur doit s'apprécier d'après les circonstances. Ainsi, quand il dispose par donation de ce qu'il avait légué, le legs est révoqué; au contraire, le legs subsiste *per damnationem*, lorsque l'aliénation a été imposée par la nécessité. A l'inverse, le simple fait d'une réacquisition ultérieure n'établit pas l'intention du testateur de revenir sur la révocation (*Gaius*, II, 198. — L. 15; L. 18, D., *De adim. et transf. leg.*, 34-4. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 12. — Conf., C. C., art. 1038).

La révocation tacite n'anéantit pas d'ailleurs le legs de plein droit, elle le paralyse seulement par une exception de dol; un nouveau changement de volonté lui rendrait donc sa vigueur.

Lorsque la révocation est subordonnée à quelque condition, elle a cet effet que le legs devient conditionnel et subordonné à la condition inverse de celle qui affecte la révocation (L. 10, D., *De adim. et transf. leg.*, 34-4; L. 107, D., *De cond. et dem.*, 35-1).

Translation des legs. — La *translatio legatorum* est à peu près pour les legs ce qu'est la novation pour les obligations; à la fois extinctive et créatrice de droit, elle substitue un nouveau legs à l'ancien. On peut donc la diviser en translation *objective* et translation *subjective*. Elle est objective, quand elle change l'objet ou la modalité du legs; elle est subjective, quand elle change l'une des personnes qui figurent dans le legs, soit l'héritier, soit le légataire. Par conséquent, elle a lieu de quatre manières : *mutata re, mutata causa, mutato debitore, mutato creditore;* la dernière hypothèse est seule prévue aux Institutes (*Inst.*, L. II, t. XXI, *De adempt.*

et transl. legat., § 1. — L. 6, § 1, D., *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

La *translatio legati* fut primitivement soumise aux mêmes règles de forme que la révocation expresse. Elle suppose l'intention constante de révoquer, et ne se présume pas ; dans le doute, l'ancien legs doit être maintenu concurremment avec le nouveau. Mais la volonté de l'éteindre une fois établie, l'ancien legs n'existe plus, sans qu'on ait à rechercher si le nouveau est efficace ou non (L. 8 ; L. 20, D., *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

Lorsque la translation est conditionnelle, le premier legs demeure valable sous la condition contraire (L. 7, D., *De adim. et transf. leg.*, 34-4).

§ IX.

Limitations apportées au pouvoir de léguer. Étude spéciale de la loi Falcidie.

(*Inst.*, L. II, t. XXII.)

A l'origine, et sous l'empire de la loi Décemvirale, le testateur était libre d'épuiser son patrimoine en legs particuliers ; *totum patrimonium legatis erogare, olim quidem licebat* (*Gaius*, II, 224). De là résultait le grave inconvénient que l'héritier répudiait souvent la succession plus ou moins diminuée par les legs, faute d'un intérêt suffisant pour se soumettre aux charges de l'acceptation. Le pouvoir illimité du testateur tournait donc à son préjudice, puisqu'il l'exposait à mourir intestat ; les légataires en souffraient eux-mêmes, puisque leur droit disparaissait par la répudiation de l'institué.

Le législateur voulut donc empêcher l'épuisement de la succession par les legs ; plusieurs plébiscites furent successivement promulgués dans ce but, ce furent : la loi Furia, la loi Voconia et la loi Falcidie.

Une loi Furia *testamentaria*, plébiscite rendu probablement en l'an 571 de Rome, décida qu'à l'exception des parents jusqu'au sixième degré, personne ne pourrait recueillir un legs supérieur à mille as, sous peine d'encourir le *manus injectio pura* et de subir une condamnation au quadruple. Cette disposition exorbitante n'atteignait pas son but, car elle n'empêchait pas le testateur d'absor-

ber son hérédité par un grand nombre des legs de mille as (*Gaius*, II, 225; IV, 23. — F. V., § 301).

La loi Voconia, qui paraît être de l'an 585, prit un autre moyen; elle défendit de comprendre dans un legs plus que ne recevait l'héritier. *Lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve capere liceret, quam heredes caperent.* Mais le testateur restait maître, en multipliant les legs, de les abaisser jusqu'à des valeurs dérisoires et de réduire ainsi à rien ou presque rien le bénéfice de l'institué (*Gaius*, II, 226).

Vint enfin en 714 un autre plébiscite plus habile. Ce fut la *lex Falcidia*, qui abrogea les deux précédentes. Elle ne limita pas le montant de chaque legs, et se contenta de poser en règle que l'héritier aurait toujours droit au quart net de l'hérédité. Ce quart s'appelle *quarte Falcidie* (*Gaius*, II, 227. — *Inst.*, L. II, t. XXII, *De leg. Falc.*, pr.).

Personnes qui ont droit au bénéfice de la loi Falcidie. — En principe, tout héritier testamentaire qui n'obtient pas le *quart net* de la part pour laquelle il a été institué peut invoquer la loi Falcidie et faire subir aux légataires une réduction proportionnelle suffisante pour lui assurer sa quarte (L. 1, pr., § 2, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

D'ailleurs, il faut que l'héritier recueille sa quarte *jure hereditario*; ce qui veut dire qu'il n'impute sur sa quarte, ni ce qu'il a reçu du défunt par donations *inter vivos* ou *mortis causa*, ni ce qu'il prend comme légataire ou fidéicommissaire, ni enfin ce qu'il reçoit des légataires comme charges de leurs legs, *implendæ conditionis causa* (L. 91, D., *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

Du reste, ce bénéfice est personnel. Si donc deux ou plusieurs institués sont grevés de legs, de telle sorte que l'un ait le quart de sa part héréditaire, et que le quart de l'autre soit entamé ou absorbé, ce dernier peut se prévaloir de la loi Falcidie. Car le but de la loi est de déterminer chaque héritier à l'acceptation; *in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est* (L. 77, D., *Ad. leg. Falcid.*, 35-2. — *Inst.*, L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 1).

Que décider dans le cas où l'un des deux institués n'arrive pas à la succession, et laisse sa part accroître à l'autre? On répond par une distinction. 1° Est-ce la part surchargée de legs qui est vacante et recueillie par substitution ou par accroissement; dans la doctrine définitive, l'héritier acceptant retiendra le quart sur cette portion,

comme eût pu le faire le défaillant lui-même. 2° Est-ce la part non surchargée qui est vacante et recueillie par substitution ou par accroissement? les legs imposés personnellement à l'héritier non défaillant s'acquittent sur la masse entière de l'hérédité, et c'est le quart de cette masse qui sera retenu (L. 1, §§ 13, 14; L. 78, D., *Ad. leg. Falcid.*, 35-2).

Calcul de la quarte Falcidie. — Réduction des legs. — Pour savoir exactement si l'héritier n'a pas reçu la quarte qui lui revient et si par conséquent il peut faire réduire les legs, il est indispensable de déterminer l'actif héréditaire et de le comparer ensuite au total des libéralités testamentaires. Cette question générale en implique deux autres : 1° comment se calcule la quarte Falcidie; 2° comment s'opère la réduction.

I. — *Calcul de la quarte.* — Pour arriver au calcul exact de la quarte que l'héritier peut retenir, on a trois opérations à faire; il faut d'abord former la masse des biens et valeurs héréditaires; il faut en second lieu faire subir à cette masse différents retranchements, ce qui donnera l'actif net; il faut enfin estimer l'ensemble des legs et en comparer l'estimation avec l'actif net de la succession.

1° *Formation de la masse héréditaire.* — Mais d'abord, à quel moment se placer pour évaluer les biens de la succession? On se place au moment du décès; car c'est à cet instant même que le testateur est réputé disposer de sa succession (*Inst.*, L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 2).

En conséquence, le droit des légataires n'est pas augmenté par les accroissements ou plus-values que l'hérédité peut recevoir entre le décès et l'adition, ni diminué par les détériorations ou moins-values qu'elle peut éprouver dans le même intervalle. Il résulte de là que l'héritier n'a rien à espérer et le légataire rien à souffrir de retards volontairement apportés à l'adition (*Inst.*, L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 2) (1).

Pour former la masse, on réunit fictivement tous les biens non aliénés entre-vifs par le défunt et qui existent au jour de son décès;

(1) Justinien fait remarquer que l'héritier a toujours le moyen de faire subir aux légataires les pertes fortuites survenues après le décès; il n'aura en effet qu'à les menacer d'une répudiation pour obtenir d'eux qu'ils transigent et consentent à l'exonérer d'une partie des legs (*Inst.*, L. II, t. XXII, *De lege Falcid.*, § 2, *in fine*).

on les évalue sans aucune distinction d'après leur état à ce moment-là. On joint ensuite à cette masse de biens corporels tous les droits incorporels, et notamment toutes les créances du *de cujus*, y compris même celles qu'il avait contre l'héritier; car encore bien que l'adition les ait éteintes par confusion, cette confusion a cependant procuré un enrichissement à l'héritier (L. 1, § 18, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

Les créances corréales, conditionnelles ou sur des insolvables font l'objet de procédés particuliers, qui n'ont d'importance qu'en pratique (L. 62, pr.; L. 63, § 1; L. 73, § 1, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2) (1).

2° *Retranchements.* — Une fois l'actif brut ainsi obtenu, il faut lui faire subir certains retranchements pour obtenir la masse nette (*Inst.*, L. II, t. XXII, *De leg. Falcid.*, § 3).

On déduit en effet : 1° les dettes du défunt, même envers l'héritier; car *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*; 2° les frais funéraires, *funeris impensa*; 3° la valeur des esclaves affranchis directement ou par fidéicommis; 4° à l'époque classique, les legs faits aux dieux et dans le droit des Novelles ceux qui s'adressent aux églises et aux établissements religieux ou charitables (L. 39, § 1, D., *De verb. sign.*, 50-16; L. 87, § 1, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2. — *Paul*, S., L. IV, t. III, § 3. — Nov. 131, ch. 13).

3° *Evaluation des legs.* — La troisième opération du calcul consiste à réunir les différents legs, à les estimer et à comparer ensuite cette estimation avec le montant de la masse nette. On évalue tous les legs en se plaçant à l'époque du décès. L'évaluation ne présente d'ailleurs aucune difficulté quand il s'agit de legs purs et simples en pleine propriété. Si les legs sont conditionnels, on les omet dans le calcul; mais les légataires purs et simples doivent promettre qu'ils restitueront ce qu'ils auront reçu en trop si la condition vient à s'accomplir (L. 73, § 2, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

(1) Les créances sur un insolvable se comptent d'après leur valeur vénale; on procède de même pour les créances conditionnelles. On peut encore, pour ces dernières, ou les considérer comme pures et simples ou les omettre; dans le premier cas, les légataires s'engageront à restituer ce qu'ils auront reçu en trop si la condition vient à défaillir; dans le second cas, c'est l'héritier qui promettra aux légataires de les indemniser, si la condition se réalise. Quant aux créances corréales, le procédé de calcul varie suivant que le défunt était *socius* ou non. Etait-il *socius*, la créance se comptera pour sa part; n'était-il pas *socius*, on suivra la marche indiquée pour les créances conditionnelles (L. 62, pr.; 63, § 1; 73, § 1, D., *Ad leg. Falc.*, 35-2).

Quant aux legs d'usufruit ou de rente viagère, on les ramène à une somme fixe en tenant compte de l'âge et de la santé du légataire (L. 68, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2) (1).

II. — *Réduction des legs.* — Lorsque les legs ont été évalués, il est facile de voir si la réduction est ou non nécessaire.

Quand il y a lieu à réduction, elle s'opère de plein droit, sans le secours d'aucune exception contre la demande exagérée du légataire. Elle atteint tous les legs proportionnellement, hormis ceux qu'on a déduit de la masse. Elle se fait en nature, si ce n'est que l'héritier a le droit de se rédimer en argent pour les legs indivisibles, tels que ceux d'un fait ou d'une servitude prédiale (L. 1, § 5, D., *Quod legat.*, 43-3. — L. 26, pr., L. 80, § 1, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2) (2).

Il va sans dire que le testateur a la faculté d'ordonner que tels legs ne sera réductible qu'après tous les autres (L. 64; L. 88, § 2, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

Cas où cesse la loi Falcidie. — Le droit d'invoquer la loi Falcidie disparaît dans trois cas principaux; le premier seul de ces cas appartient au droit classique; les deux autres constituent des innovations de l'empereur Justinien.

1° La loi Falcidie cesse d'abord de s'appliquer lorsque le testateur est un militaire (L. 92, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2).

2° La loi Falcidie est encore écartée dans le droit de Justinien, lorsque le testateur a déclaré formellement dans son testament ou dans un codicille, que l'héritier n'aurait pas le droit de retenir la quarte. Alors la répudiation de l'héritier n'entraîne plus la chute des autres dispositions testamentaires (Nov. 1, ch. 2, § 2).

Justinien alla même plus loin; il posa en principe que la volonté du testateur d'écarter l'application de la *lex Falcidia* serait présumée toutes les fois que le défunt aurait légué un immeuble avec condition qu'il resterait inaliénable entre les mains du légataire et de ses héritiers (Nov. 119, ch. 11).

3° Le troisième cas où la quarte Falcidie cesse d'être invocable est

(1) Ulpien nous donne à ce propos (L. 68, D., *Ad leg. Falc.*, 35-2) des éléments de calcul qui permettraient de dresser des tables de mortalité dont les données seraient peu différentes de celles que dresse la statistique moderne.

(2) Cependant la réduction ne frapperait pas les legs qui ont été faits au légitimaire pour compléter sa quarte légitime, puisqu'il doit, dans tous les cas, l'obtenir intacte (L. 87, § 4, D., *De legatis*, 2°, 31. — L. 36, pr., C., *De inoff. test.*, 3-28).

celui où l'institué aurait négligé de faire inventaire dans les délais légaux; il doit alors payer les legs *ultra vires successionis*. Cette déchéance atteint même l'héritier qui s'est prévalu du *jus deliberandi* (L. 22, § 14, C., *De jure delib.*, 6-30. — Nov. 1, ch. 2, § 2).

§ X.

Comparaison de la donatio mortis causa et du legs.

La donation à cause de mort, par le seul fait qu'elle reste incertaine jusqu'au décès du disposant, offre une grande ressemblance avec le legs. Aussi plusieurs dispositions législatives furent-elles communes à ces deux espèces d'actes, notamment les lois Furia et Voconia; d'ailleurs, les jurisconsultes tendirent toujours à les rapprocher par l'interprétation. Justinien va même jusqu'à les confondre absolument dans une Constitution (L. 4, C., *De don. caus. mort.*, 8-57), mais il est plus exact dans les Institutes, qui se contentent d'une assimilation à peu près parfaite (*Gaius*, II, 226. — *Inst.*, L. II, t. VII, *De donationibus*, § 1; — *supra*, p. 252).

Différences. — En effet, à moins de supprimer les *donationes mortis causa*, il faut bien reconnaître quelques différences ineffaçables entre elles et les legs. Ainsi par exemple : 1° la donation à cause de mort n'est pas un mode d'acquérir, au contraire du legs *per vindicationem*; 2° elle n'est pas subordonnée, comme le legs, à l'existence d'un testament ou d'un codicille confirmé; on ne saurait donc lui appliquer les règles relatives à la forme des dispositions testamentaires; 3° du vivant même de son auteur, elle peut s'exécuter et produire des effets importants, quoique révocables; le legs ne peut avoir d'existence juridique qu'à la mort du testateur; 4° le fils de famille peut, *patre permittente*, faire une donation *mortis causa* sur un pécule profectice tandis qu'il ne peut faire de legs; 5° enfin, la *donatio mortis causa* requiert l'acceptation du donataire, parce qu'il doit adhérer à la condition suspensive ou résolutoire, etc.

Ressemblances. — Les ressemblances sont beaucoup plus nombreuses : 1° la donation à cause de mort exige dans son auteur la *factio testamenti* active, dans le gratifié, la *factio testamenti* passive et le *jus capiendi*. Cependant les lois Caducaires *Julia* et *Papia Poppæa* ne l'avaient pas comprise dans leur système primitif, ce fut

un sénatusconsulte postérieur qui leur appliqua les *legs caducariæ* (L. 9; L. 15; L. 22; L. 35; D., *De mortis caus. don.*, 39-6).

2° Elle admet l'accroissement, et, quand elle s'adresse à un tiers, l'application de la Falcidie. Lorsque le donataire est l'héritier lui-même, elle ne s'impute point sur la quarte Falcidie, si ce n'est proportionnellement à sa part héréditaire (L. 74, D., *Ad leg. Falcid.*, 35-2. — L. 5, C., *Ad leg. Falcid.*, 6-50; L. 1, § 14, C., *De cad. toll.*, 6-51).

3° Elle s'impute, au contraire, sur la quarte légitime pour empêcher la plainte d'inofficiosité (*Inst.*, L. II, t. XVIII, *De inoff. test.*, § 6).

4° Elle est valable entre époux (L. 9, § 2, D., *De don. int. vir. et ux.*, 24-1).

5° Le fils de famille peut faire des *donationes mortis causa* sur son pécule castrense (L. 15, D., *De mortis caus. don.*, 39-6).

6° Elle s'évanouit avec les legs qui disparaissent sans la volonté du testateur, tout au moins dans les deux cas suivants, si le disposant subit une peine capitale, et si la *bonorum possessio contra tabulas* fait tomber le testament (L. 3, pr., D., *De leg. præst. cont. tab.*, 37-5; L. 7, D., *De mortis caus. don.*, 39-6).

7° Emanée d'un affranchi au préjudice des droits héréditaires du patron, ou d'un débiteur insolvable au préjudice des créanciers, elle est passible, sans qu'il soit besoin de prouver la fraude, de l'action révocatoire Calvisienne ou Favienne au premier cas, Paulienne au second (L. 1, § 11, D., *Si quid in fraud.*, 38-5; L. 17, D., *De mortis caus. don.*, 39-6).

8° La caution Mucienne fut étendue par Justinien aux donations à cause de mort (Nov. 22, ch. 44, § 9).

Toutes ces analogies, et l'on ne doit voir là que les plus saillantes, font de la *donatio mortis causa* la sœur incontestée du legs.

DEUXIÈME SECTION.

FIDÉICOMMIS.

(*Inst.*, L. II, t. XXIII; t. XXIV.)

§ I.

Notions générales sur les fidéicommis.

Le fidéicommis, *fideicommissum*, est une libéralité de dernière volonté, laissée en forme précative par le défunt, sans l'observation nécessaire des règles du testament, et dont l'éxécution est en quelque sorte une conséquence de la bonne foi et de l'équité (*Ulpien*, R., t. XXV, § 1).

Origine. — Ces dispositions furent longtemps considérées comme non avenues. Cependant l'usage en était fréquent; car elles constituaient un moyen facile de tourner les nombreuses incapacités relatives à la *factio testamenti;* on disposait au profit d'une personne capable, en la priant d'accomplir elle-même la volonté qu'on lui indiquait et de faire passer la libéralité à telle personne désignée. La personne ainsi chargée de faire la restitution se nommait *fiduciaire, fiduciarius,* et le tiers à qui la restitution devait être faite s'appelait *fideicommissaire, fideicommissarius* (*Gaius*, II, 285. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 1).

Le fidéicommis, ainsi que son nom l'indique, ne fut pas à l'origine obligatoire pour le fiduciaire. Toutefois, dès l'époque de Cicéron, l'opinion des honnêtes gens flétrissait le grevé qui se prévalait du droit strict pour méconnaître le fidéicommis.

Auguste fut le premier qui fit exécuter, par l'intervention des consuls, certains fidéicommis particulièrement dignes d'intérêt (1). Ces innovations, d'abord individuelles, parurent justes et devinrent populaires, *justum et populare*. Elles se convertirent en juridiction permanente, si bien qu'il fut créé un préteur *fideicommissarius,* spécialement préposé à cette branche nouvelle du droit

(1) Justinien nous apprend que l'empereur Auguste exécuta lui-même un fidéicommis qui avait été mis à sa charge par Lucius Lentulus (*Inst.*, L. II, t. XXV, *De codicillis*, pr.).

(Cicéron, *In Verrem*, II, 47. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 1).

Dès lors le fidéicommis devint une institution juridique, au même titre que le legs, réserve faite de certaines différences générales déjà signalées entre eux, et de nombreuses diversités de détail qui seront mieux comprises à la fin de la théorie (*supra*, p. 353).

Objet. — Un fidéicommis peut porter sur un patrimoine entier, sur une fraction du patrimoine du disposant ou encore sur une ou plusieurs choses spécialement déterminées.

Quand il a pour objet toute l'hérédité ou une quote-part de cette hérédité, on l'appelle fidéicommis universel ou à titre universel, les Institutes le nomme *hereditas fideicommissaria*. Quand il s'applique, au contraire, à une ou plusieurs choses déterminées, on dit que c'est un fidéicommis à titre particulier, *fideicommissum singulæ rei* (*Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 2; t. XXIV, *De sing. reb.*, pr.).

Modalités. — D'ailleurs, quel que soit l'objet d'un fidéicommis, cette disposition s'analyse toujours en une charge de restituer imposée par le disposant à son successeur universel ou particulier, en faveur d'un tiers. Mais cette restitution peut s'accomplir à différentes époques : elle peut d'abord avoir lieu au décès même du disposant, c'est le fidéicommis *ordinaire*; elle peut être fixée à une époque postérieure au décès du *de cujus*, c'est le fidéicommis *à terme*; elle peut également être subordonnée à l'arrivée d'une condition, c'est le fidéicommis *conditionnel*; enfin la restitution peut se produire au décès même du grevé ou fiduciaire, c'est alors le fidéicommis *post mortem* ou substitution fidéicommissaire, comme nous dirions aujourd'hui (*Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 2 *in fine*).

Substitution fidéicommissaire. — La substitution fidéicommissaire du droit romain que notre Code civil appelle simplement *substitution*, est une disposition par laquelle le défunt appelle une personne à tout ou partie de son hérédité, en la chargeant de restituer, lors de son propre décès, à un tiers désigné, la totalité ou une partie de ce qu'elle aura recueilli (*Inst.*, L. II, t. XVI, *De pup. subst.*, § 9. — *Gaius*, II, 277).

Une pareille disposition était permise; le testateur pouvait même faire une substitution *graduelle*, c'est-à-dire imposer la charge de restituer aux fidéicommissaires eux-mêmes au profit d'autres appelés

et ainsi de suite. Bien plus, l'usage s'établit de donner aux fidéicommis *post mortem* une durée indéfinie et le droit classique n'apporta sur ce point aucune restriction à la liberté du testateur (L. 88, § 15, D., *De legatis*, 2°, 31) (1).

Mais Justinien trouvant non sans raison qu'un tel usage du droit de tester portait une grave atteinte à l'ordre public, en immobilisant les biens dans les familles, limita à quatre degrés la transmission d'un patrimoine par voie de substitution fidéicommissaire (Nov. 159, ch. 2. — Conf., C. C., art. 896).

§ II.

Fidéicommis d'hérédité.

(*Inst.*, L. II, t. XXIII,)

Le fidéicommis d'hérédité est une disposition qui appelle une personne à tout ou partie d'une hérédité, en la chargeant de restituer à un tiers désigné la totalité ou une quote-part de ce qu'elle recueillera. Cette disposition ressemble plutôt à l'institution d'héritier qu'au legs.

Personnes qui peuvent en être chargées. — Le fidéicommis d'hérédité peut être mis à la charge de trois classes de personnes : 1° de l'héritier testamentaire, alors il n'est régulier qu'à la condition de résulter d'un testament valable ; 2° de l'héritier légitime, il suppose nécessairement, dans ce cas, l'emploi d'un codicille ; 3° d'un fidéicommissaire universel, qui en est grevé par testament ou par codicille (*Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, §§ 8, 10, 11).

Mais, dans tous ces cas, le fidéicommis tombe s'il n'y a pas adition d'hérédité.

Effets du fidéicommis d'hérédité. — Supposons le fidéicommis imposé à l'héritier, comme il arrive d'ordinaire ; quels en sont les effets ? Il faut distinguer quatre époques : 1° le droit primitif ; 2° la période du sénatusconsulte Trébellien ; 3° la période du sénatusconsulte Pégasien ; 4° le droit de Justinien.

(1) Le jurisconsulte Scévola nous a conservé la formule d'une substitution perpétuelle : *volo meas ædes non vendi ab heredibus meis, neque fœnerari super eas, sed manere eas firmas, simplices meis filiis et nepotibus per universum tempus* (L. 88, § 15, D., *De legatis*, 2°, 31).

Première période. — Droit primitif. — Dans le droit civil, l'héritier succède seul à l'*universum jus* du défunt, et s'en trouve saisi de plein droit s'il est *necessarius*, après l'adition s'il est *extraneus*; la qualité d'héritier reste définitivement fixée sur sa tête en vertu du principe *semel heres, semper heres* (*Gaius*, II, 251. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 3).

Le fidéicommissaire n'a d'autre faculté que de lui demander la restitution. Cette restitution s'opère de l'une ou de l'autre de ces deux manières : 1° par la tradition que fait l'héritier au fidéicommissaire des choses corporelles de la succession, ou par la prise de possession qu'il lui en laisse faire; 2° par la déclaration, écrite ou verbale, qu'il consent à restituer; ce dernier mode met les choses corporelles *in bonis fideicommissarii*, et la propriété quiritaire ne lui en sera acquise qu'après la prise de possession (L. 37; L. 63, D., *Ad Senat. Trebel.*, 36-1. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 3).

Mais aucun de ces procédés ne remplissait complètement l'intention du défunt, qui était d'investir le fidéicommissaire, non-seulement des choses corporelles, mais aussi des créances et des dettes, dans la mesure du fidéicommis. Or ces droits incorporels ne se transmettent, ni par une appréhension matérielle, ni par une déclaration quelconque de volonté. Un expédient ingénieux servait à tourner la difficulté. L'héritier faisait au fidéicommissaire une vente fictive (*uno nummo*) de la totalité ou de la quote-part de l'hérédité analogue à celle qui se produisait lors d'une cession de droits successifs. Alors intervenaient entre les parties des stipulations réciproques, appelées *stipulationes emptæ et venditæ hereditatis* dans le cas de fidéicommis universel, *partis et pro parte* dans le cas de fidéicommis à titre universel (1). L'héritier promettait au fidéicommissaire acheteur de lui rembourser jusqu'à due concurrence le montant des créances qu'il toucherait; en retour, le fidéicommissaire promettait à l'héritier vendeur de l'indemniser du paiement des dettes héréditaires, ou même de le défendre contre les poursuites des créanciers (*Gaius*, II, 252).

En résumé, l'héritier gardait sa qualité envers les tiers, lui seul pouvait poursuivre ou être poursuivi, le fidéicommissaire était simplement *loco emptoris*.

(1) Les stipulations *partis et pro parte* sont les mêmes qui interviennent entre l'héritier et le légataire partiaire (*supra*, p. 373).

Ce système avait le grave inconvénient d'exposer chacune des deux parties aux risques de l'insolvabilité de l'autre, danger qui détournait l'héritier de faire adition.

Deuxième période. — Sénatusconsulte Trébellien. — Le sénatusconsulte Trébellien, rendu sous Néron, en l'an 62 de notre ère, sur la proposition du consul Trebellius, décida que la restitution d'un fidéicommis universel, sans enlever au fiduciaire la qualité d'héritier, transférerait cependant les *effets pratiques* de cette qualité sur la tête du fidéicommissaire, de telle sorte que celui-ci, une fois la restitution faite, serait investi et passible des actions héréditaires, comme s'il était héritier (*Gaius*, II, 253. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 4).

Seulement, pour l'honneur des principes, les actions ainsi données pour ou contre le fidéicommissaire furent qualifiées d'utiles. Car, au point de vue de la théorie pure, elles continuaient de résider sur la tête de l'héritier, dont le titre civil était ineffaçable. Mais, lorsque le fiduciaire y figurait comme défendeur, ou comme demandeur, au delà de la part qui lui restait en propre, il opposait ou subissait une exception appelée *restitutæ hereditatis.* En deux mots, après l'exécution du fidéicommis, l'héritier ne conservait plus qu'une vaine qualité, et le fidéicommissaire était *loco heredis* (L. 1, § 4, D., *Ad Senat. Treb.*, 36-1).

L'héritier ne redoutait plus ici l'insolvabilité du fidéicommissaire; mais il pouvait néanmoins préférer encore la répudiation, notamment dans le cas où le fidéicommis absorbait toute l'hérédité, ou ne lui en laissait qu'une part insignifiante.

Troisième période. — Sénatusconsulte Pégasien. — Vint ensuite en l'an 73 de l'ère chrétienne, sous le règne de Vespasien, le sénatusconsulte Pégasien, composé de deux chefs principaux : 1° la première disposition étendait la loi Falcidie aux fidéicommis, et donnait à l'héritier le droit, s'il faisait adition, de retenir un quart de l'hérédité; 2° lorsque le fiduciaire refusait de faire adition, le préteur avait le pouvoir de l'y contraindre à la demande du fidéicommissaire; l'héritier était alors tenu de restituer toute l'hérédité (*Gaius*, II, 254-258. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. her.*, §§ 5, 6).

Par une bizarrerie difficilement explicable, les deux dispositions du Pégasien ne remplacèrent pas complètement le sénatus-

consulte Trébellien. Pour déterminer les situations respectives du fiduciaire et du fidéicommissaire, trois hypothèses sont à prévoir.

I. — D'abord le premier chef ne se combine pas avec le Trébellien. Autrement dit, quand le fidéicommis dépasse les trois quarts de l'hérédité, c'est-à-dire fait naître pour l'héritier le droit de retenir sa quarte, on ne distingue pas; qu'il la retienne ou non, les actions restent fixées en sa personne, comme dans la période du pur droit civil, et les stipulations *restitutæ hereditatis* ou *partis et pro parte* redeviennent nécessaires; le fiduciaire demeure héritier et le fidéicommissaire joue pour ainsi dire le rôle d'un légataire partiaire (*Gaius*, II, 257. — *Ulpien*, R., t. XXV, § 14) (1).

II. — Le second chef se combine, au contraire, avec le Trébellien. Autrement dit, quand l'héritier ne fait pas adition volontaire et n'accepte que sur la demande du fidéicommissaire et l'ordre du magistrat, la quarte lui est refusée. Il doit alors restituer toute l'hérédité, mais les actions héréditaires sont toutes exercées ou subies *utiliter* par le fidéicommissaire.

III. — Enfin, entre les deux chefs, se présente une hypothèse que ni l'un ni l'autre ne prévoit : le fidéicommis ne dépasse pas les trois quarts, et l'héritier fait une adition volontaire. Ici le Trébellien s'applique encore; le fidéicommissaire est *loco heredis* et les actions se divisent activement et passivement entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, proportionnellement au droit de chacun (L. 30, § 3, D., *Ad Senat. Trebel.*, 36-1).

En résumé, cette juxtaposition des deux sénatusconsultes n'était pas un chef-d'œuvre de logique et ne brillait point par la clarté. L'héritier gardait ou perdait sa qualité envers les tiers, selon que le fidéicommissaire était *loco emptoris* ou *loco heredis* (*Gaius*, II, 257. — *Ulpien*, R., t. XXV, § 14. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. her.*, §§ 5, 6).

Quatrième période. — Droit de Justinien. — Justinien simplifia cette législation, fondit les deux sénatusconsultes et ne laissa sub-

(1) Certains jurisconsultes et notamment Paul et Modestin ne voulaient pas appliquer le sénatusconsulte Pégasien lorsque le fiduciaire consentait volontairement à ne pas réclamer sa quarte; mais leur opinion ne prévalut pas (*Paul*, S., L. IV, t. III, § 5. — L. 45, D., *Ad senat. Trebel.*, 36-1. — *Ulpien*, R., t. XXV, § 14. — *Gaius*, II, 257).

sister que le sénatusconsulte Trébellien modifié par les principales décisions du Pégasien.

Désormais, l'adition forcée reste soumise aux décisions précédentes, et l'adition volontaire donne toujours à l'héritier le droit de réclamer une quarte. Les actions passent invariablement au fidéicommissaire dans la proportion de ce qui lui est restitué en fait (*Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, §§ 7, 8).

En un mot, on peut caractériser bien simplement l'innovation de Justinien, en disant que le fidéicommissaire est toujours *loco heredis ;* on peut même dire qu'il est véritablement héritier, car il n'y a désormais plus de différence entre les actions directes et les actions utiles.

La quarte pégasienne est souvent appelée *trébellianique* depuis l'époque de Justinien. En principe, elle relève des mêmes règles que la quarte Falcidie, si bien que les jurisconsultes la comprennent ordinairement dans cette dernière dénomination. On n'a donc qu'à se reporter aux détails déjà donnés sur la manière d'opérer le calcul et les réductions (*supra*, p. 383).

Cependant, à la différence de la quarte Falcidie que le testateur ne pouvait pas exclure, il semble qu'une prohibition formelle de sa part ait, en thèse générale, la force d'écarter la quarte pégasienne; il faudrait alors une concession spéciale de l'empereur pour en rendre le bénéfice à l'héritier. Tout au moins est-il certain que, si le testateur a prié son héritier de restituer l'hérédité entière, sous la déduction d'un ou de plusieurs objets déterminés, la retenue reste ainsi fixée, fût-elle inférieure au quart de l'actif net. Mais, à l'inverse, cette retenue excédât-elle ce quart, les actions demeurent pour le tout sur la tête du fidéicommissaire (L. 30, §§ 4, 5, D., *Ad Senat. Trebel.*, 36-1. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 9).

§ III.

Fidéicommis à titre particulier.

(*Inst.*, L. II, t. XXIV.)

Le fidéicommis à titre particulier, *fideicommissum singulæ rei*, est celui qui porte sur un ou plusieurs objets individuellement dé-

terminés, par exemple, un fonds de terre, un esclave, une somme d'argent (*Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. reb.*, pr.).

Il ressemble plus au legs qu'à l'institution d'héritier.

Personnes qui peuvent en être chargées. — A la différence du fidéicommis d'hérédité, le fidéicommis à titre particulier peut être imposé, non-seulement aux successeurs universels, testamentaires ou *ab intestat*, mais encore aux légataires, aux donataires à cause de mort et aux fidéicommissaires particuliers. Bref, il peut être mis à la charge de quiconque profite d'une disposition à cause de mort (*Gaius*, II, 271. — *Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, pr.).

Objet. — On peut laisser valablement par fidéicommis particulier tout ce qui peut faire l'objet d'un legs *per damnationem* (*Ulpien*, R., t. XXV, § 5).

Par application de cette idée, le *fideicommissum singulæ rei* peut porter : 1° sur la chose du disposant, sans distinguer s'il en a la propriété quiritaire ou si la chose n'est qu'*in bonis* ; 2° la chose du grevé ; 3° la chose d'autrui (*Ulpien*, R., t. XXIV, § 5. — *Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. reb.*, § 1).

Lorsque le fidéicommis particulier s'applique à la chose d'un tiers, on s'était demandé ce qu'il adviendrait dans le cas où le fiduciaire ne pourrait pas l'acquérir. Certains jurisconsultes décidaient alors que contrairement à ce qui est admis pour le legs *per damnationem*, la libéralité s'éteindrait ; mais cette doctrine, contraire à la nature même du fidéicommis qui doit toujours s'interpréter d'une manière favorable, déjà combattue par Gaius, fut définitivement écartée par Justinien (*Gaius*, II, 262. — *Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 1, *in fine*).

Cette solution fut même étendue par l'empereur au fidéicommis de liberté bien que la décision contraire eût prévalu à l'époque classique (*Gaius*, II, 265. — *Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 2) (1).

Effets du fidéicommis à titre particulier. — Le fidéicommis à titre particulier ne procure jamais au fidéicommissaire la propriété des choses comprises dans le fidéicommis ; le fidéicommissaire n'acquiert qu'un droit de créance qu'il fera valoir contre le fiduciaire

(1) Lorsque la liberté est donnée à un esclave par fidéicommis, l'affranchi a pour patron, non pas le défunt, mais l'héritier qui l'a libéré de la servitude (*Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. reb.*, § 2).

par une *persecutio extra-ordinem*. Il va sans dire également que le fidéicommissaire à titre particulier ne recueille jamais le profit des créances et qu'il ne subit jamais la charge des dettes du défunt.

On applique ici toutes les règles relatives à la quarte Falcidie. Il va de soi d'ailleurs que le second chef du Pégasien ne concerne pas ce fidéicommis, et qu'il n'est jamais question de quarte dans le cas où le grevé n'est pas un successeur universel (*Gaius*, II, 254).

Comme les legs, le fidéicommis n'est pas obligatoire au delà de l'émolument que le grevé reçoit du défunt. Mais il y a des hypothèses où ce que doit remettre le grevé n'est pas ce qu'il a reçu; par exemple, il reçoit une somme de mille et doit remettre sa maison. En acceptant alors les mille, il prouve qu'à ses yeux la maison ne vaut pas davantage et le fidéicommis devient exécutoire sans restriction (L. 70, § 1, D., *De legatis*, 2°, 31. — *Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 1).

TROISIÈME SECTION.

PARALLÈLE DES LEGS ET DES FIDÉICOMMIS.

Dans les deux tableaux séparés des legs et des fidéicommis, on a vu ces deux grandes classes de libéralités à cause de mort différer par la forme, par l'objet et par les personnes qui en peuvent avoir la charge. Cette comparaison exige quelques détails complémentaires.

Capacité. — A l'origine, ni la *factio testamenti* ni le *jus capiendi* n'étaient nécessaires au fidéicommissaire. Cette liberté sans limites violait, en définitive, des règles capitales du droit civil; aussi ne fut-elle pas durable. On doit en effet poser en principe que la jurisprudence classique exigea, pour recueillir un fidéicommis, la même capacité que pour recueillir un legs (*Gaius*, II, 285, 286, 287; — *supra*, p. 365).

Cependant il ne fut jamais tenu compte en matière de fidéicommis du défaut de *jus capiendi* des Latins Juniens, ni de l'incapacité prononcée contre les femmes par la loi Voconia. Du reste, il n'était pas indispensable au fidéicommissaire d'avoir la *factio testamenti* à l'instant même de la disposition; il suffisait qu'il fût capable au jour de l'ouverture du droit (*Gaius*, II, 274, 275, 276. — L. 7, pr., D., *De legatis*, 3°, 32).

Formes et preuve. — Le fidéicommis n'est soumis à aucune formalité rigoureuse et dérive de la volonté du testateur, manifestée d'une manière quelconque, même par signes ; le tout est de la prouver (*Gaius*, II, 281. — *Ulpien*, R., t. XXV, §§ 3, 8).

Au point de vue de la preuve, la plus grande latitude était d'ailleurs laissée au fidéicommissaire. Cependant, pour prévenir les difficultés, Théodose requit le témoignage de cinq personnes, pour la preuve des fidéicommis non écrits. Justinien fut moins sévère, il permit au *fideicommissarius* de déférer le serment au fiduciaire, après avoir lui-même prêté le serment *de calumnia*, c'est-à-dire juré qu'il n'agissait pas dans un esprit de chicane (L. 8, § 3, C., *De codicillis*, 6-36. — *Inst.*, L. II, t. XXIII, *De fideic. hered.*, § 12).

Effets. — D'après sa formule même, le fidéicommis ne saurait amener une translation directe de propriété en faveur du fidéicommissaire, et ne lui donne qu'une créance. L'exécution du fidéicommis se poursuit par la voie d'une *persecutio extra-ordinem*, c'est-à-dire devant le préteur fidéicommissaire qui juge lui-même (*Gaius*, II, 278, 279).

La condamnation ne monte pas au double, comme dans le legs *per damnationem* ; mais elle procure les fruits et même les intérêts à compter de la demeure, comme dans les legs *sinendi modo* (*Gaius*, II, 280, 282, 283. — *Paul*, S., L. IV, t. I, § 18. — L. 40, D., *De acq. rer. dom.*, 41-1).

Fusion dans le droit de Justinien. — La législation impériale supprima peu à peu toutes ces dissemblances qui ne pouvaient survivre à l'abrogation des formules solennelles. Du jour où les mêmes formules eurent la force de produire l'un ou l'autre de ces actes, ils étaient près de se confondre. Justinien acheva l'œuvre d'assimilation, en déclarant que les mêmes principes leur seraient applicables. Dès lors, le legs emprunte au fidéicommis toutes les règles de preuve, de capacité, de sujets et d'objets ; en retour, il lui communique sa plénitude d'effets, la translation directe de la propriété, le doublement de la condamnation, etc. Les deux institutions n'en font dorénavant plus qu'une, soumise à des principes uniformes et produisent des effets identiques, quelque nom que lui ait donné le disposant (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 3).

La distinction du legs et du fidéicommis ne persiste plus, dans le droit de Justinien, qu'à propos de la disposition qui a pour objet la liberté (*Inst.*, L. II, t. XXIV, *De sing. rebus*, § 2 ; — *supra*, p. 18).

CHAPITRE X.

CODICILLES.

(*Inst.*, L. II, t. XXV.)

Le codicille, *codicillus*, (petit *codex*, petit testament,) est l'expression de dernières volontés, rédigée sans l'observation des formes du testament.

L'origine du codicille se relie très étroitement à la création des fidéicommis; l'un et l'autre en effet devinrent obligatoires sous le règne d'Auguste (*Inst.*, L. II, t. XXV, *De codicillis*, pr.) (1).

Forme et nature des codicilles. — A l'époque classique, les codicilles ne demandaient aucune forme spéciale, *nullam solemnitatem ordinationis desiderant* (*Inst.*, L. II, t. XXV, *De codicillis*, § 3, *in fine*).

Mais Théodose le Jeune exigea désormais, pour le codicille comme pour tout acte de dernière volonté autre que le testament, la présence de cinq témoins et leur signature (*subnotatio*) si la disposition était écrite (L. 8, § 3, C., *De codicillis*, 6-36).

La principale différence d'effet entre le testament et le codicille, c'est que le codicille ne peut ni donner ni enlever une hérédité; en d'autres termes, il ne peut ni contenir, ni révoquer, ni modifier une institution d'héritier, une exhérédation, une substitution vulgaire ou pupillaire. A titre de différence accessoire, notons qu'on admet la coexistence de deux codicilles, et que le premier reste alors exécutoire dans tout ce qu'il a de compatible avec le second (*Inst.*, L. II, t. XXV, *De codicillis*, §§ 2, 3. — Conf., C. C., art. 1036).

Un testament nul à raison de ses formes ne vaut pas en principe comme codicille, sauf volonté contraire exprimée par le testateur. Cette volonté pouvait, à l'époque classique, s'induire de circonstances quelconques. Depuis Théodose le Jeune, elle dut se manifester par une clause expresse, que les commentateurs ont appelée

(1) Le droit français ne connaît pas de codicilles; chez nous, tous les actes de dernière volonté sont régis par des règles uniformes. Toutefois, dans le langage usuel, on nomme *codicilles* les testaments qui complètent ou modifient des dispositions testamentaires antérieures.

clause codicillaire (L. 3, D., *De jure codicill.*, 29-7. — L. 8, pr., C., *De codicillis*, 6-36).

Division et subdivision des codicilles. — Les codicilles émanent indistinctement d'un testateur ou d'une personne qui n'a pas testé; on les divise donc en codicilles testamentaires et codicilles *ab intestat*. Les uns et les autres supposent dans leur auteur la *factio testamenti;* mais, tandis qu'elle est nécessaire pour les premiers au moment même de leur confection, il suffit qu'elle existe au décès pour les codicilles *ab intestat* (L. 6, § 3; L. 8, § 2, D., *De jure codicill.*, 29-7; L. 1, §§ 1, 5, D., *De legatis*, 3°, 32).

En outre, les codicilles testamentaires partagent la destinée du testament, et tombent par toutes les causes qui le rendent *irritum*, *ruptum* ou *destitutum* (L. 3, § 2; L. 16, D., *De jure codicill.*, 29-7).

Les codicilles *ab intestat* n'ont pu recevoir une confirmation par testament. Au contraire, les codicilles testamentaires peuvent être confirmés par testament. La confirmation est expresse ou tacite. *Expresse*, c'est-à-dire déclarée dans le testament lui-même, elle s'applique tantôt à des codicilles futurs tantôt à des codicilles antérieurs. *Tacite*, c'est-à-dire présumée à raison de circonstances qui accompagnent la confection d'un testament, elle se réfère toujours à des codicilles déjà faits que le testateur n'a pas voulu détruire (*Inst.*, L. II, t. XXV, *De codicillis*, § 1).

L'intérêt de cette subdivision se manifeste à un double point de vue. D'abord, le codicille non confirmé ne contient valablement que des fidéicommis; le codicille confirmé est au contraire susceptible de renfermer toutes les dispositions qui ne touchent pas à l'hérédité elle-même, c'est-à-dire des legs ou révocations de legs, des affranchissements directs et des nominations de tuteurs. De plus, les dispositions d'un codicille confirmé sont réputées écrites dans le testament lui-même; ainsi l'affranchissement d'un esclave par codicille valide le legs que le maître lui avait fait *sine libertate* dans un testament antérieur (*Paul*, S., L. IV, t. I, § 10. — *Ulpien*, R., t. XXV, § 8. — L. 8, § 5, D., *De jure codicill.*, 29-7. — *Inst.*, L. II, t. XXV, *De codicillis*, § 1).

CHAPITRE XI.

DROIT D'ACCROISSEMENT.

L'accroissement est une théorie générale qui s'applique aux différents ordres de succession; mais il est particulièrement intéressant de l'étudier dans les dispositions testamentaires, institutions d'héritier, legs et fidéicommis.

Nous l'examinerons à trois époques : 1° dans l'ancien droit; 2° sous le régime des lois Caducaires, 3° dans le droit de Justinien.

PREMIÈRE SECTION.

THÉORIE DE L'ACCROISSEMENT DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN.

L'idée d'accroissement suppose que deux ou plusieurs personnes sont appelées à recueillir la même chose, et chacune pour le tout. Quand les divers appelés profitent de leur vocation, ces droits identiques se restreignent mutuellement et nécessitent alors un partage. Si l'un ou plusieurs des appelés ne veulent ou ne peuvent tirer parti de leur vocation, les droits des autres s'élargissent pour embrasser les portions vacantes. Il est même possible que le droit de l'un des appelés absorbe l'objet tout entier de la disposition; c'est lorsque toutes les prétentions rivales se sont retirées et lui ont laissé le champ libre.

Cette force d'expansion (ou d'élasticité, comme on l'a dit avec bonheur) est qualifiée par les Romains de *jus accrescendi.* Ils auraient même pu le désigner avec plus d'exactitude encore sous le nom de *jus non decrescendi;* car elle ne manifeste pas un droit nouveau, elle n'est que l'exercice d'un droit préexistant et débarrassé de ses entraves (L. 80, D., *De legatis*, 3°, 32).

Accroissement dans les institutions d'héritier. — L'accroissement présente deux grandes applications dans les institutions d'héritier, parce que la vocation éventuelle au tout, y peut dériver de deux causes : ou de la volonté de la loi, ou de la volonté du disposant.

Accroissement par la volonté de la loi. — En effet, l'accroissement résulte souvent de la loi. On se rappelle que l'hérédité est indivisible, et ne saurait être testamentaire pour partie, *ab intestat* pour partie. Or, supposons qu'un testateur assigne à plusieurs institués des parts qu'il déclare immuables, et dont le total absorbe son hérédité; il suffira que l'un d'entre eux ne veuille ou ne puisse acquérir la sienne, pour qu'elle accroisse nécessairement aux autres malgré l'intention formelle du défunt et contre le gré des institués. Cette règle ne fléchit qu'à l'égard du testament militaire (L. 37, D., *De testam. militis*, 29-1).

Accroissement par la volonté du défunt. — D'autres fois, l'accroissement résulte de la volonté du défunt, et l'on entre ici véritablement dans son domaine. Supposons que le testateur ait décomposé son hérédité en plusieurs fractions, et qu'il ait appelé plusieurs personnes à la totalité de telle ou telle de ces fractions : par exemple : *Titius heres esto ex parte dimidia; Seius et Mœvius heredes sunto ex altera parte.* Si Mœvius vient à faire défaut, sa part dans la seconde moitié ne profite qu'à Séius, et Titius n'y pourra rien prétendre.

Cette attribution solidaire d'une même quote-part de l'hérédité à plusieurs institués établit entre eux ce qu'on appelle la *conjunctio re*. Elle est la base du droit d'accroissement, et se subdivise en deux espèces, ou plutôt s'offre sous deux aspects divers : 1° *re tantum*; c'est lorsqu'elle dérive de phrases séparées; par exemple, *Titius heres esto ex parte dimidia; Seius heres esto ex altera parte; Mœvius heres esto ex parte qua Seius institui;* Séius et Mœvius sont ici *conjuncti re tantum;* 2° *re et verbis;* c'est lorsque la vocation solidaire à la même quotité dérive d'une seule et même phrase; par exemple : *Seius et Mœvius ex parte dimidia heredes sunto.*

Il est possible que le testateur en réunissant plusieurs institués dans une même phrase, leur ait du même coup assigné des parts : *Titius heres esto; Seius et Mœvius æquis ex partibus heredes sunto.* Il n'y a pas là de vocation solidaire au tout, mais simplement un hasard de langage, une *conjunctio verbis tantum*, insuffisante à fonder le *jus accrescendi.*

La *conjunctio re* détermine seule l'accroissement entre cohéritiers. Entre les divers *conjuncti re*, un ordre est tracé; si l'héritier dont la part est vacante avait à la fois un cohéritier *conjunctus re tantum* et un cohéritier *conjunctus re et verbis*, ce dernier l'em-

porte (L. 66, D., *De hered. inst.*, 28-5; L. 142, D., *De verb. sign.*, 50-16 — Conf., C. C., art. 786).

A défaut de *conjuncti re*, sans prendre en considération les *conjuncti verbis tantum*, l'accroissement se fait entre tous les cohéritiers indistinctement, en vertu de la loi et de la règle *Nemo partim testatus*.

Accroissement dans les legs et fidéicommis. — L'accroissement n'a qu'une application dans les legs. En effet, l'identité de vocation ne dérive pas ici de la loi; tout legs non recueilli par son destinataire demeure dans l'hérédité, en ce sens que l'héritier se trouve déchargé. Elle ne peut résulter que de la volonté expresse ou présumée du testateur. Autrement dit, le *jus accrescendi* ne repose jamais entre colégataires que sur une *conjunctio re*, soit faite par une seule phrase (*re et verbis*), soit faite par des phrases séparées (*re tantum*) (L. 11; L. 12, D., *De usuf. adcresc.*, 7-2) (1).

Sur cette base, l'accroissement est-il possible dans toute classe de legs? On doit distinguer suivant les legs.

1° L'accroissement a toujours lieu dans le legs *per vindicationem*, dès que les légataires sont *conjuncti re et verbis* ou *re tantum*. Car le testateur, en ne procédant pas à l'assignation de parts, a montré qu'il entendait laisser la chose entière, soit à tous les appelés ensemble qui la partageront, soit à celui d'entre eux qui viendra. Sur ce point, le legs *per præceptionem* doit être traité comme le legs *per vindicationem* (*Gaius*, II, 199, 223. — *Ulpien*, R., t. XXIV, § 12).

2° Au contraire, l'accroissement n'a jamais lieu ni dans le legs *per damnationem*, ni dans le legs *sinendi modo*, que les légataires soient *conjuncti re et verbis* ou qu'ils soient *conjuncti re tantum*. Car il n'y a jamais identité de vocation dans un legs de créance. Est-il adressé par une même phrase, *conjunctim*, à deux légataires, en vertu de la règle ancienne qui partage de plein droit et par têtes les créances conjointes, chacun d'eux n'a dès le principe qu'une créance de la moitié de la chose léguée; c'est ce qu'on exprime par la formule *damnatio partes facit*. Le legs leur est-il adressé par

(1) Il est à remarquer qu'au premier cas, les Romains disent que les colégataires sont appelés *conjunctim*, au second cas, *disjunctim*. Mais cette distinction n'a trait qu'aux formes du langage, et le fond de la règle est bien de subordonner toujours l'accroissement à la *conjunctio re*, c'est-à-dire à la vocation solidaire (*Gaius*, II, 199).

des phrases séparées, *disjunctim*, on admet encore deux créances distinctes; seulement chacune d'elles porte sur la totalité de la chose léguée, et les deux légataires obtiennent, à l'exemple de deux stipulants d'un même objet, l'un la chose elle-même, l'autre l'estimation (*Gaius*, II, 205. — *Ulpien*, R., t. XXIV, § 13. — F. V., § 85) (1).

3° Le fidéicommis, qui ne produit jamais que des créances, fut logiquement traité comme le legs *per damnationem* ou *sinendi modo;* c'est dire que l'accroissement n'y est pas possible, *in fideicommisso autem id sequimur, quod in damnatione* (F. V., § 85, *in fine*).

Règles de l'accroissement. — Dans l'ancien droit, l'accroissement entre cohéritiers ou colégataires est soumis aux quatre règles suivantes qui déterminent son mode d'application.

1° *L'accroissement est forcé.* — En d'autres termes, dès que l'héritier ou légataire accepte la part dont il a été gratifié, il acquerra nécessairement les parts qui deviendront vacantes par la suite. Si la vacance s'est produite avant sa décision, son acceptation ou sa répudiation doit obligatoirement porter sur la totalité, c'est-à-dire sur sa part augmentée des parts défaillantes. Car il avait vocation éventuelle au tout, et ne peut réaliser une partie de la vocation en laissant tomber l'autre (*Paul*, S., L. III, t. VI, § 12. — L. 53, § 1, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

Cette règle souffre deux exceptions principales : 1° dans le cas d'abstention d'un héritier sien et nécessaire; 2° dans le cas de *restitutio in integrum* d'un mineur de vingt-cinq ans contre une acceptation onéreuse (L. 57; L. 61, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

2° *L'accroissement est rétroactif.* — Cette formule signifie que l'accroissement, une fois accompli, fait considérer l'appelé comme ayant acquis *ab initio* les deux parts. De là résulte que l'accroissement s'effectuera, même après le décès de l'acceptant, au profit de ses héritiers; on dit en ce sens *portio portioni adcrescit, non per-*

(1) Bien que tous les jurisconsultes fussent d'accord pour écarter l'accroissement dans le legs *sinendi modo*, une grave controverse s'était élevée entre eux sur les effets que doit produire ce legs quand il a été fait *disjunctim.* Les uns soutenaient alors que le colégataire qui se présentait le premier devait prendre la chose entière et que l'autre n'avait rien à prétendre. Dans une autre doctrine qui prévalut, on décidait que l'héritier devait fournir à l'un la chose, à l'autre l'estimation de la chose (*Gaius*, II, 215).

sonæ. Il en résulte encore que, pour apprécier la capacité de l'appelé, on doit se placer, non au moment où s'opère l'accroissement, mais au jour où s'ouvre sa propre vocation au legs ou à l'hérédité (L. 26, § 1, D., *De cond. et demonst.*, 35-1).

3° *L'accroissement est proportionnel aux parts que les appelés recueillent en vertu de leur propre vocation ;* car c'est dans cette mesure qu'ils auraient souffert du concours des défaillants. Cette règle ne doit s'entendre, à l'égard des cohéritiers, que réserve faite de la prééminence accordée aux *conjuncti* du défaillant sur les autres cohéritiers (L. 20, § 2, D., *De hered. inst.*, 28-5).

4° *L'accroissement a lieu tantôt cum onere, tantôt sine onere.*

Entre cohéritiers, il s'opère généralement *cum onere*, en ce sens que l'acceptant acquiert la part vacante avec la charge des dettes héréditaires, legs ou fidéicommis qui la grèvent; l'hérédité forme, en effet, une masse indivisible de passif et d'actif. Par exception, l'acceptant n'est pas tenu des legs ou fidéicommis qui étaient imposés personnellement (*nominatim*) au défaillant. Cette exception elle-même fut effacée par les jurisconsultes classiques, sous l'influence d'un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla, qui assimila les effets de l'accroissement aux effets de la substitution vulgaire (L. 61, § 1, D., *De legatis*, 2°, 31; L. 1, § 13, D., *Ad leg. Falc.*, 35-2).

Entre colégataires, un résultat inverse se produit. L'accroissement s'opère d'habitude *sine onere*, en ce sens que l'acceptant, qui recueille la part laissée vacante par un défaillant chargé d'un fidéicommis, n'est pas tenu de cette charge; car elle est présumée individuelle. Par exception, s'il est démontré que la charge grève les legs plutôt que les légataires, elle sera supportée en totalité par le légataire qui prendra le legs entier (L. 30; L. 54, § 1, D., *De cond.*, *et dem.*, 35-1).

DEUXIÈME SECTION.

LOIS CADUCAIRES.

L'expression de *leges caducariæ* ou de *leges novæ* désigne un système de législation qui remonte aux premiers temps de la période impériale. Il embrasse : 1° la loi Julia *de maritandis ordinibus*, rendue en l'année 736 ou 757 de Rome; 2° la loi Papia Poppœa,

qui vint, en 762, compléter la loi Julia et la modifier sur plusieurs points; 3° plusieurs sénatusconsultes qui vinrent successivement interpréter ou élargir ces deux lois principales (*Ulpien*, R., t. XIV; t. XVI, § 3).

Les lois caducaires eurent un double objet. Sur la fin de la République le mariage de plus en plus abandonné, la décroissance de plus en plus sensible de la population ingénue, devenaient un danger social; pour l'écarter, Auguste fit sortir des testaments jusqu'alors respectés une menace et une promesse, une peine pour le célibat et la stérilité, une récompense pour la paternité. Du même coup, il procurait au trésor une source nouvelle de revenus. Tels furent, au dire de Tacite, les deux avantages que poursuivit l'empereur Auguste, *incitandis cœlibum pœnis, augendo ærario* (Tacite, *Annales*, III, 25).

Il est impossible de déterminer la part exacte de chaque loi dans le système caducaire. Il faut donc, à l'exemple des jurisconsultes romains, le considérer comme un seul tout.

§ I.

Limitation du domaine des lois caducaires.

Le plan primitif des lois Julia et Papia Poppœa n'avait embrassé que les institutions d'héritier et les legs. Auguste n'y soumit point les fidéicommis, qui jouissaient en son temps d'une grande popularité; ce fut le sénatusconsulte Pégasien, postérieur d'une soixantaine d'années, qui les y fit rentrer. Quant aux donations à cause de mort, elles y furent elles-mêmes enveloppées par un sénatusconsulte de date inconnue (*Gaius*, II, 286. — L. 35, pr., D., *De mortis caus. don.*, 39-6).

Encore, ne serait-il pas exact de soumettre sans réserve toutes les dispositions à cause de mort aux *leges caducariæ*. On doit en effet partager en trois catégories les dispositions testamentaires qui manquent leur effet; les unes sont qualifiées de *pro non scriptis*, les autres sont appelées *caduca;* enfin d'autres sont dites *in causa caduci*.

Sont *pro non scriptis* les dispositions nulles dès le principe, à raison d'un vice essentiel de forme ou de fond, comme l'incapacité du disposant ou du gratifié, l'irrégularité du testament, etc. Elles

ne donnent pas lieu à l'application des lois caducaires, et restent sous l'empire des anciennes règles de l'accroissement. Il est bien entendu d'ailleurs que pour les recueillir en conformité de ces vieilles règles, il faut avoir la capacité nouvelle de recueillir de son propre chef (L. 2; L. 3; L. 4, D., *De his quæ pro non scriptis*, 34-8).

Au contraire, toute disposition qui, valable au début, vient à manquer son effet par la suite, est un *caducum* ou se trouve *in causa caduci*. Il n'y a pas à se préoccuper des causes qui amènent la défaillance, et l'on ne doit pas rechercher si elles tirent ou non leur origine des lois caducaires. Dans ce sens général, le nom spécial de *caducum* est réservé aux dispositions qui deviennent vacantes, par une circonstance quelconque, après la mort du disposant; tel sera le legs enlevé au légataire par les *leges caducariæ*, ou qui tombe par sa répudiation, etc. Sont dites spécialement *in causa caduci* les dispositions qui deviennent vacantes avant la mort du disposant; tel sera le legs infirmé par le prédécès du légataire, etc.

Cette doctrine rencontre un certain nombre d'adversaires, qui proposent d'autres explications de ces termes plus ou moins obscurs. Mais elle a pour elle l'imposante autorité d'une constitution formelle de Justinien et d'un texte très général d'Ulpien (*Ulpien*, R., t. XVII, § 1. — L. 1, § 2, C., *De cad. toll.*, 6-51) (1).

§ II.

Mesures prises par les lois caducaires.

Dans ces limites, le nouveau système organise trois grandes situations distinctes : des déchéances, des privilèges et des situations intermédiaires.

Déchéances. — Les déchéances atteignent les *cælibes*, les *orbi* et probablement aussi les *patres solitarii* (*Ulpien*, R., t. XIII).

Les *cælibes* furent privés du *jus capiendi*, c'est-à-dire déclarés, par la loi Julia, hors d'état de profiter des institutions ou legs, et

(1) Une autre explication donne le nom de *caduca* aux dispositions testamentaires qui, susceptibles de produire leur effet d'après l'ancien droit civil, ne le manquent que par application des *Leges novæ*. Les dispositions *in causa caduci* seraient, au contraire, celles qui, régulières au début, viennent à manquer leur effet par une circonstance indépendante des lois caducaires.

plus tard cette impuissance s'étendit aux autres dispositions à cause de mort. La loi Papia Poppœa frappa les *orbi* d'une déchéance de même nature, mais réduite à la moitié de la disposition.

Est *cœlebs* l'homme ou la femme qui n'est pas marié en *justæ nuptiæ*, et qui n'a pas d'enfant légitime. Le célibat proprement dit et le veuvage sont donc assimilés à ce point de vue; on se rappelle seulement qu'après la rupture d'un précédent mariage un certain temps de *vacatio* est accordé aux femmes; il est de deux ans pour les veuves, de dix-huit mois pour les divorcées (*supra*, p. 55).

Il faut aussi que le mariage ne soit pas contraire aux prohibitions des lois nouvelles, qui défendaient notamment à tout ingénu le mariage avec des femmes de condition honteuse (*Ulpien*, R., t. XIII; t. XIV).

Est *orbus* l'homme ou la femme qui, bien que marié, n'a pas au moins un descendant légitime, vivant ou conçu. Les enfants adoptifs ne comptent pas en faveur de l'adoptant, et continuent sans doute de compter en faveur de leur père naturel (L. 148; L. 149; L. 153, D., *De verb. sig.*, 50-16) (1).

Le *cœlebs* ou l'*orbus* ne manquait pas d'ailleurs de la *factio testamenti* proprement dite, mais seulement du *jus capiendi*, c'est-à-dire de la faculté de recueillir. La disposition qu'on lui adressait n'était donc pas nulle. Dès lors, s'il pouvait se mettre en règle avec les lois caducaires avant la fixation de son droit, c'est-à-dire avant la mort du testateur ou l'événement de la condition, il échappait aux déchéances. On va même plus loin; les déchéances sont écartées et le *jus capiendi* est recouvré, quand le *cœlebs* se marie ou que l'*orbus* devient père dans les cent jours qui suivent la fixation de son droit, ou l'ouverture des tablettes du testament, depuis la loi Papia Poppœa (*Ulpien*, R., t. XVIII, § 1).

Les dispositions enlevées aux *cœlibes* et aux *orbi* deviennent vacantes, et forment une partie importante des *caduca* ou des *in causa caduci*.

Quant au *pater solitarius*, on présume assez généralement que c'est l'homme veuf ou divorcé, ayant des enfants d'un précédent mariage mais qui n'est pas actuellement marié. On ne peut savoir, faute de documents précis, s'il était frappé d'une déchéance, et

(1) Lorsque la disposition testamentaire est adressée à un esclave, c'est le maître qui doit satisfaire aux conditions des lois caducaires (L. 82, D., *De acq. vel om. hered.*, 29-2).

dans quelle mesure; il est cependant permis de conjecturer que son incapacité était moindre que celle qui frappait l'*orbus* (*Ulpien*, R., t. XIII).

Privilèges. — A côté des peines, il y a des récompenses; tout ce qui n'est pas recueilli appartient, en sus de leur part, aux *patres* inscrits dans le testament comme héritiers ou comme légataires. Ces privilèges de la paternité constituent le *jus patrum* ou les *præmia patrum*.

Le *pater* est ici l'homme qui, marié ou dispensé de l'être, a tout au moins un enfant légitime vivant ou conçu. Mais la loi, moins complaisante pour accorder les *præmia patrum* que pour épargner les peines de l'*orbitas*, ne tient compte ici que de la descendance *per masculos;* en d'autres termes, les petits-enfants *ex filia* ne sont pas pris en considération. Il n'importe d'ailleurs que la puissance paternelle existe ou non (F. V., § 195).

Caducorum vindicatio. — L'attribution des parts vacantes aux *patres* reçoit le nom de *caducorum vindicatio.*

1° Entre les héritiers *patres*, elle se détermine par la *conjunctio*, telle que nous la connaissons (*supra*, p. 401).

A défaut de *conjunctio*, tous les cohéritiers *patres* en profitent.

Si nul héritier ne remplit les conditions de la paternité, les parts vacantes sont attribuées aux légataires *patres*. Cette faveur exorbitante s'explique par une observation scrupuleuse des intentions qu'on suppose au défunt (*Ulpien*, R., t. I, § 21. — L. 15, D., *De hered. inst.*, 28-5).

2° Entre colégataires, la *caducorum vindicatio* appartient aux légataires *patres* conjoints au défaillant, sans distinction entre les legs de créance et les legs de propriété. Il paraît même que la *conjunctio verbis tantum* est ici efficace et préférée à la *conjunctio re tantum* (*Gaius*, II, 208. — L. 89, D., *De legatis*, 3°, 32).

Viennent ensuite les héritiers *patres*, enfin les colégataires non conjoints et *patres* (*Gaius*, II, 207).

L'attribution des parts vacantes n'est pas forcée, bien que la propriété en appartienne de plein droit aux appelés; ils peuvent la répudier. Elle est vraisemblablement porportionnelle aux parts diverses des institués ou à la valeur estimative des legs. Elle se fait *cum onere* (*Ulpien*, R., t. XVII, § 3).

A défaut de tout *pater* parmi les cohéritiers ou les colégataires, les parts vacantes étaient dévolues au trésor du peuple, à l'*ærarium*.

Caracalla y substitua le trésor impérial, *fiscus* (*Gaius*, II, 286. — *Ulpien*, R., t. XVII, § 2. — Tacite, *Annales*, III, 28) (1).

Situations intermédiaires. — Entre ces deux classes de personnes, les unes frappées de déchéance et les autres munies des *præmia patrum*, les lois caducaires avaient créé des situations intermédiaires, sans peines ni récompenses. Il faut en distinguer deux : la *solidi capacitas* et le *jus antiquum in caducis*.

Solidi capacitas. — La *solidi capacitas* se résume dans cette idée, que certaines personnes ont le droit de conserver sans restriction ce qui leur a été laissé, mais n'obtiennent rien au delà et ne profitent point des parts vacantes.

Une première cause d'immunité résulte de l'âge et de quelques autres circonstances favorables. Sont *solidi capaces :* 1° les hommes au-dessous de vingt-cinq ans et les femmes au-dessous de vingt ans; 2° les hommes sexagénaires et les femmes quinquagénaires, pourvu que les uns et les autres soient arrivés en état de mariage à la limite fixée par la loi; 3° les absents pour service public, *absentes reipublicæ causa ;* 4° les veuves pendant deux ans, les femmes divorcées pendant dix-huit mois, à partir de la dissolution du mariage (*Ulpien*, R., t. XIV; t. XVI, §§ 1, 3).

Une seconde cause d'exemptions tenait aux rapports de parenté ou d'alliance qui liaient le disposant avec le bénéficiaire de la libéralité. Elle embrassait : 1° les cognats du testateur jusqu'au sixième degré inclusivement et même au septième degré les enfants d'un petit cousin ou d'une petite cousine (*sobrino* ou *sobrina nati*); 2° quiconque, lors de la mort du testateur, était ou avait été son allié en ligne directe ou son conjoint (F. V., §§ 216-219).

D'ailleurs, les *præmia patrum* étaient refusés aux femmes, quel que fût le nombre de leurs enfants. Cette sévérité n'avait rien d'étonnant dans la législation classique, qui ne reconnaissait encore des rapports successoraux qu'entre le père et les descendants. Il est hors de doute cependant que la femme acquérait la *solidi capacitas* par la procréation d'enfants légitimes. Lui suffit-il seulement

(1) C'est ainsi qu'on interprète généralement l'innovation de Caracalla; il y a cependant des auteurs qui, s'appuyant sur un passage d'Ulpien (R., t. XVII, § 2), soutiennent que cet empereur supprima les *præmia patrum* pour les attribuer au fisc. Il est certain d'ailleurs que si Caracalla supprima les privilèges de la paternité, ils furent rétablis après lui, puisqu'ils existent encore sous Justinien (L. 1, § 4, C, *De cad. toll.*, 6-51).

d'avoir un enfant, ou doit-elle remplir les conditions du *jus liberorum* ordinaire, c'est-à-dire en avoir trois si elle est ingénue, quatre si elle est affranchie? La réponse n'est pas certaine ; mais il semble préférable de s'arrêter à la première conjecture (L. 135; L. 141, D., *De verb. sign.*, 50-16).

Enfin, on s'accorde à penser que la concession du *jus liberorum* par le prince emportait remise des peines de l'*orbitas*, mais non des peines du célibat (*Ulpien*, R., t. XVI).

Jus antiquum in caducis. — Le *jus antiquum* était plus avantageux que la *solidi capacitas* ; il n'appartenait qu'aux ascendants et descendants jusqu'au troisième degré inclusivement (*Ulpien*, R., t. XVIII).

On appelait ainsi le droit pour ces personnes de recueillir, suivant la théorie primitive de l'accroissement, non-seulement ce qui leur était laissé, mais encore les parts devenues vacantes pour un motif quelconque. On ne cherchait pas en effet si la vacance résultait des anciennes règles ; le *jus antiquum* portait aussi bien sur les *caduca vel in causa caduci* que sur les *pro non scriptis.* Reste alors à montrer en quoi le *jus antiquum* est moins favorable que le *caducorum vindicatio* et ne constitue qu'une situation intermédiaire. C'est que les *patres* n'ont pas besoin de *conjunctio* pour venir aux parts défaillantes (*Ulpien*, R., t. XVII, § 2; t. XVIII) (1).

TROISIÈME SECTION.

ACCROISSEMENT DANS LE DROIT DE JUSTINIEN.

Déjà avant le règne de Justinien, les lois caducaires avaient reçu de graves atteintes. C'était l'inévitable destinée de cette législation tyrannique, contraire aux mœurs romaines; frappée dès sa naissance d'une impopularité toujours croissante, elle devait susciter de nombreux expédients destinés à la frauder (2).

(1) On oppose à ce système la dénomination de *jus antiquum*, pour en conclure que ce droit embrasse uniquement les libéralités qui ont pu devenir vacantes en vertu de la législation ancienne. Mais cette dénomination s'explique par la nature et les effets du droit exercé, sans en restreindre l'objet et le champ d'application. D'ailleurs, et cette remarque est décisive, Ulpien ne le nomme-t-il pas *jus antiquum in caducis ?* et par quelle raison veut-on restreindre ici le sens ordinaire du mot *caduca ?* (*Ulpien*, R., t. XVIII).

(2) Parmi les expédients qui furent imaginés par la pratique pour éluder l'appli-

Le christianisme, qui voyait dans la continence une vertu inconnue du monde païen, ne pouvait maintenir les peines du célibat et de l'*orbitas*. Constantin les abolit par une décision que ses fils renouvelèrent (L. 1, C., *De inf. pœnis cælib.*, 8-58).

Mais le *jus patrum* ne disparut pas pour cela, il continua de s'exercer sur toutes les dispositions qui devenaient vacantes par d'autres causes que les déchéances disparues. Il ne faut pas oublier, en effet, que la *caducorum vindicatio* était une source de revenus pour le fisc, à défaut de *patres;* c'est là probablement ce qui la fit survivre. Elle fut enfin supprimée par Justinien ; ce prince effaça les dernières traces de la législation caducaire, et rendit à l'institué le droit de faire adition dès le décès, sans attendre l'*apertura tabularum* (L. 1, C., *De caducis toll.*, 6-51).

L'abolition des lois caducaires eut pour conséquence de rétablir l'ancienne théorie du droit d'accroissement et l'influence de la *conjunctio* soit entre cohéritiers, soit entre colégataires.

Toutefois, si l'on se rappelle que la forme des legs est désormais unique, on les soumettra tous aux principes étudiés pour le legs *per vindicationem*. Donc, dès qu'une même chose aura été léguée pour le tout à deux ou plusieurs légataires, soit *conjunctim*, soit *disjunctim*, l'accroissement se produira, pourvu qu'il n'y ait pas assignation de parts (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 8).

Néanmoins, il faut remarquer que, bien que la *conjunctio re* soit encore pour Justinien la base indispensable de l'accroissement, son langage prête à l'équivoque ; car il la qualifie de *disjunctio*, et nomme *conjunctio verbis* l'ancienne *conjunctio re et verbis* (L. 1, § 10, C., *De cad. toll.*, 6-51).

Dans les institutions d'héritiers, l'accroissement est forcé ; il se fait *sine onere* à l'égard des dispositions *pro non scriptis;* il se fait *cum onere* pour les autres. Quant aux legs laissés *disjunctim*, l'accroissement est forcé et s'opère *sine onere;* il est facultatif et *cum onere* pour les legs laissés *conjunctim*. On voit que Justinien fait un mélange confus des anciennes règles du droit d'accroissement

cation des lois caducaires, les uns furent proscrits par des sénatusconsultes, tels furent : l'emploi des fidéicommis et l'adoption (*Gaius*, II, 286. — Tacite, *Annales*, XV, 19). D'au res furent toujours permis et considérés comme réguliers, on peut citer : l'apposition de la condition « *quum capere poterit* » à la disposition testamentaire et l'application des principes de la substitution vulgaire (L. 51, pr., D., *De legatis*, 2°, 31; L. 62, D., *De hered. inst.*, 28-5).

avec la législation caducaire (*Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 8. — L. 1, § 2, C., *De cad. toll.*, 6-51. — Conf., C. C., art. 1044, 1045).

QUATRIÈME SECTION.

PARTICULARITÉS DU LEGS D'USUFRUIT.

Le legs d'usufruit a toujours présenté plusieurs dérogations aux règles ordinaires de l'accroissement.

1° D'abord lorsqu'un legs d'usufruit est recueilli par deux colégataires, la mort de l'un d'eux ne peut entraîner transmission de sa part à ses héritiers; car l'usufruit n'est pas transmissible. Par conséquent, ce décès n'a d'autre résultat que de supprimer l'obstacle jusqu'alors apporté par le défunt à la plénitude du droit du colégataire survivant. L'accroissement se produit alors bien qu'il n'y ait pas réellement vacance et qu'en fait les parts aient été recueillies. Cette décision se fonde sur la volonté du défunt, qui a préféré son légataire à ses héritiers. Le même résultat se produirait dans le cas d'une *capitis deminutio* subie par l'un des légataires (F. V., § 77. — L. 1, § 3, D., *De usuf. accres.*, 7-2).

2° En outre l'accroissement profite *personæ, non portioni*. Supposons un legs d'usufruit fait à Titius, Séius et Mœvius; si Titius accepte et meurt ensuite, la part laissée vacante par Séius accroîtra seulement à Mœvius, et ne se partagera pas entre Mœvius et les héritiers de Titius contrairement à ce qui arriverait pour un legs de propriété. La raison en est que l'usufruit, essentiellement attaché à la personne, ne comporte pas de substitution en faveur d'un autre individu, sous peine de méconnaître les intentions du disposant et d'en altérer complètement l'objet (L. 33, § 1, D., *De usuf.*, 7-1; L. 10, D., *De usuf. accres.*, 7-2).

Ces règles particulières étaient sans doute applicables, par analogie de motifs, aux legs des autres servitudes personnelles, et probablement même aux legs d'une servitude prédiale; car il était difficile d'en transférer l'avantage à toute personne autre que le propriétaire du fonds dominant.

3° Enfin, les lois Julia et Papia Poppœa ne suppriment pas en notre matière les règles de l'accroissement. Le legs d'usufruit était en effet trop personnel pour donner lieu à l'exercice du *jus patrum;* mais il était soumis aux déchéances. Car on ne pouvait admettre

qu'un testateur éludât les prohibitions caducaires, au profit d'un *cælebs* ou d'un *orbus*, en donnant à sa libéralité la forme d'un legs d'usufruit. Dès lors, il suffisait aux autres légataires d'avoir la *solidi capacitas*, pour acquérir par accroissement les parts devenues vacantes soit en vertu de ces lois, soit en vertu de toute autre circonstance.

CHAPITRE XII.

TESTAMENTS MILITAIRES.

(*Inst.*, L. II, t. XI.)

Sous la République, le soldat romain ne se distinguait pas du citoyen; car il n'y avait pas d'armées permanentes, et le service militaire était la charge de tous. Mais l'Empire introduisit la célèbre distinction du *miles* et du *paganus*. César, Titus et Domitien accordèrent alors aux soldats, en matière testamentaire, des privilèges purement provisoires; Nerva et Trajan les concédèrent d'une manière définitive et Justinien les confirma (L. 1, pr., D., *De testam. militis*, 29-1).

Les textes en donnent pour motif l'ignorance juridique des soldats, explication manifestement inacceptable; car elle ne s'appliquerait pas aux chefs, et ne ferait pas comprendre pourquoi le citoyen reste ou retombe sous le droit commun, avant son entrée dans le service et depuis son retour à la vie civile (*Gaius*, II, 109. — L. 15, C., *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.*, L. II, t. XI, *De milit. test.*, pr.).

En réalité, la raison de ces privilèges est double. D'un côté, la position spéciale des soldats leur rendait souvent impossible la stricte observation des formes; c'est même par cette considération que se justifiait le testament *in procinctu* dans la législation du premier âge de Rome. D'un autre côté, les empereurs avaient besoin de l'armée, puisque son caprice disposait de l'Empire; de là évidemment toutes les faveurs dont ils la comblèrent.

Étendue de ces privilèges. — Le principe qui domine la théorie des testaments militaires, c'est que l'intention du soldat est souveraine et fait loi. *Quomodocumque volunt, quomodocumque possunt, milites testantur* (*Ulpien*, R., t. XXIII, § 10).

Ils sont en effet affranchis de toutes les règles de forme et de la plupart des règles de fond.

I. — *Règles de forme.* — Le soldat échappe d'abord à toutes les règles de forme pour la confection ou la révocation du testament. La seule condition qu'on exige est une volonté certaine, écrite ou verbale (L. 15, C., *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.*, L. II, t. XI, *De militari test.*, § 1).

On peut conclure de là : 1° que le testament militaire n'a pas besoin d'être fait en présence du nombre de témoins que réclame le droit commun; 2° que le testament qu'un *miles* n'aurait pas eu le temps d'achever est néanmoins valable; 3° qu'un testament nul en la forme alors qu'il est fait par un citoyen peut devenir efficace *quasi ex nova militis voluntate,* si son auteur devenant militaire manifeste l'intention de le conserver (L. 35, D., *De test. militis,* 29-1. — *Inst.*, L. II, t. XI, *De militari test.*, pr., § 4. — Conf., C. C., art. 981-984 (1).

II. — *Règles de fond.* — Le militaire n'échappe pas seulement aux règles de forme, il est encore dispensé de la plupart des règles de fond.

Ainsi, l'incompatibilité de la succession testamentaire et de la succession légitime n'existe pas pour le soldat. Il est donc soustrait au principe : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, ou *semel heres*, *semper heres.* Il en résulte qu'une modalité quelconque, suspensive ou résolutoire, est valable dans son institution d'héritier, et qu'il peut également instituer un héritier *ex certa re* ou *ex certa parte* (L. 15, § 4, D., *De test. milit.*, 29-1. — L. 8, C., *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.*, L. II, t. XIV, *De hered. inst.*, § 5).

Le testament militaire ne réclame pas même une institution d'héritier, contrairement à l'axiome : *Institutio totius testamenti caput et fundamentum.* En d'autres termes, si l'institution vient à manquer son effet, les autres dispositions s'exécutent néanmoins, et la clause codicillaire est toujours sous-entendue (L. 3; L. 13, § 4; L. 41, § 5, D., *De test. milit.*, 29-1).

La *factio testamenti* est infiniment plus large pour le *miles.* Active, il n'est tenu de l'avoir qu'au jour du décès ; passive, on l'ac-

(1) Les textes font remarquer que les dispositions testamentaires d'un soldat seraient encore valables s'il les avait écrites avec son sang sur son bouclier, ou s'il les avait tracées avec son épée sur le sable (L. 15, C., *De test. milit.*, 6-21).

corde toujours avec le *jus capiendi* à ceux qu'il institue, si ce n'est peut-être au *servus pœnæ* (*Gaius*, II, 110, 111. — L. 13, § 2, D., *De test. milit.*, 29-1. — L. 5, C., *De test. mil.*, 6-21).

Enfin, sans insister sur d'autres prérogatives de moindre importance, mentionnons que le testament militaire est au-dessus des risques de l'exhérédation, de la rupture par l'agnation d'un héritier sien, de la *querela inofficiosi testamenti*, et ne subit pas la retenue des quartes Falcidie et Pégasienne (L. 7; L. 8; L. 17, § 4; L. 18, D., *De test. milit.*, 29-1; L. 27, § 2, D., *De inoff. test.*, 5-2. — *Inst.*, L. II, t. XI, *De milit. test.*, § 5; t. XIII, *De exh. lib.*, § 6).

Cependant le testament militaire reste encore soumis au droit commun à plusieurs points de vue. Ainsi, pour ne citer que des exemples, le militaire ne peut tester en captivité; il doit respecter les lois restrictives des affranchissements testamentaires; il ne peut pas faire de dispositions captatoires et n'est pas libre de gratifier des personnes incertaines (L. 10; L. 15, pr.; L. 29, § 1, D., *De test. milit.*, 29-1. — L. 11, C., *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.*, L. II, t. XX, *De legatis*, § 25).

Pour conclure, la théorie des testaments militaires est affranchie de la plupart des prescriptions positives du droit civil, et fait un pas sensible vers le droit philosophique. Elle n'a que le tort grave de rester exceptionnelle.

Durée de ces privilèges. — Pour jouir de ces privilèges, le soldat doit se trouver inscrit sur les cadres de l'armée (*numeri*); en conséquence, ils n'appartiennent pas encore au conscrit (*tiro*) qui voyage aux frais de l'État pour se rendre à son corps (L. 42, D., *De test. milit.*, 29-1) (1).

Dans le droit classique, ces privilèges durent sans interruption jusqu'à la fin du service; mais Justinien ne les applique plus qu'au testament fait par le soldat en campagne (*in expeditione*). Le droit de tester *jure militari* disparaît pour l'avenir avec la qualité de militaire (*Gaius*, II, 106. — L. 9, § 1, D., *De test. mil.*, 29-1. — L. 17, C., *De test. mil.*, 6-21. — *Inst.*, L. II, t. XI, *De mil. test.*, § 3. — Conf., C. C., art. 983).

Le testament qui a été régulièrement fait *jure militari* retombe-

(1) Les privilèges testamentaires ne s'appliquaient pas seulement aux militaires proprement dits, mais encore aux gardes de Rome (*vigiles*), aux matelots et rameurs des flottes, aux cantiniers et vivandiers, etc. (L. 1, §§ 1, 2, D., *De bon. poss. ex test. milit.* 37-13).

t-il immédiatement sous la loi ordinaire? L'affirmative est certaine pour le testament des chefs qui ne quittent pas le service sans recevoir un successeur. Quant aux simples soldats, leur testament vaut encore *jure militari* pendant une année entière, lorsque leur congé se fonde sur une blessure ou sur l'expiration de leur temps (*missio causaria, honesta*). Il rentre au contraire dans les conditions du droit commun, lorsque le soldat est congédié pour une cause honteuse (*missio ignominiosa*) ou subit la dégradation (*exauctoratio*) (L. 21; L. 26, pr., D., *De test. milit.*, 29-1. — *Inst.*, L. II, t. XI, *De milit. test.*, § 3. — Conf., C. C., art. 984).

Le testament d'un non-soldat est valable *jure militari*, quand son auteur meurt en pays ennemi, à la suite de l'armée (L. 44, D., *De test. milit.*, 29-1. — L. 1, §§ 1, 2, D., *De bon. poss. ex test. milit.*, 37-13).

Autres testaments privilégiés. — En mettant à part le testament militaire, il y avait encore plusieurs autres testaments que le droit impérial, pour différentes raisons, avait plus ou moins soustrait à l'application des formes ordinaires. Tels étaient notamment le testament fait en temps de peste, le testament fait à la campagne et le *testamentum inter liberos* (Conf., C. C., art. 985-998).

1° *Testament fait en temps de peste.* — Lorsqu'un pays est envahi par la peste ou par toute autre maladie contagieuse, Dioclétien permet au testateur de ne pas réunir les témoins; il suffit de leur faire apposer successivement leur cachet avec l'*adscriptio* (L. 8, C., *De testamentis*, 6-23. — Conf., C. C., art. 985, 986, 987).

2° *Testament fait à la campagne.* — Justinien, voulant tenir compte de la difficulté de réunir à la campagne le nombre réglementaire de témoins lettrés, concède aux *rusticani* le privilège de tester avec cinq témoins seulement. Il leur permet en outre d'employer des témoins illettrés, décidant que ceux qui savent écrire signeront pour les autres. L'empereur Léon permit même de se contenter de trois témoins, si cela était nécessaire (L. 31, C., *De testam.*, 6-23. — *Novella Leonis*, 43. — Conf., C. C., art. 974).

3° *Testamentum inter liberos.* — Ce testament n'est pas astreint aux solennités du droit commun. Il suffit que la volonté de l'ascendant soit constatée par un écrit dans lequel le testateur aura inscrit lui-même de sa propre main la date, les noms des institués et les parts de chacun en toutes lettres. On pense généralement que la présence de témoins n'était pas nécessaire (L. 26, C., *Famil. ercis.*,

3-36. — L. 21, § 3, C., *De testam.*, 6-23. — *Nov. Just.* 107, ch. 1, 2. — *Contra*, C. C., art. 1076) (1).

CHAPITRE XIII.

SUCCESSIONS *AB INTESTAT* OU LÉGITIMES.

(*Inst.*, L. III, t. I - t. IX.)

Cas d'application de la succession légitime. — La succession légitime s'ouvre à défaut d'héritiers institués ; or, il n'y a pas d'héritier testamentaire, dans les quatre cas suivants : 1° le défunt n'a pas testé; 2° il a fait un testament *injustum*, c'est-à-dire nul dès le principe, à cause de l'irrégularité des formes ou du défaut de *factio testamenti* active ou passive; 3° le testament valable à l'origine est devenu *irritum* ou *ruptum* ou a été rescindé par la plainte d'inofficiosité; 4° l'héritier n'a pu ou n'a voulu faire adition, à raison de son prédécès, de la perte de sa capacité, de la défaillance de la condition apposée à l'institution, de la crainte ou de tout autre motif qui l'a poussé à répudier (*Inst.*, L. III, t. I, *De hered. quæ ab int.*, pr. — Conf., C. C., art. 718-814).

Dans ces quatre hypothèses la succession du défunt n'est pas déférée par testament, et son hérédité s'appelle pour ce motif *ab intestat;* on la nomme aussi *légitime*, parce que la loi en fait elle-même l'attribution. Comme la succession testamentaire, la succession *ab intestat* ou légitime appartient au *jus civile ;* on doit donc être citoyen romain pour la laisser ou la recueillir (*Paul*, S., L. IV, t. X, § 3. — Conf., C. C., art. 726. — L. du 14 juillet 1819).

Mais la qualité de citoyen ne suffit pas toujours, car nul ne laisse une hérédité légitime, s'il n'a l'aptitude à devenir propriétaire et

(1) Il ne faut pas confondre ce testament privilégié avec la *divisio inter liberos;* ce sont deux actes absolument distincts par leur origine, leur objet et leurs effets. Le *testamentum inter liberos* date au plus tôt de Constantin, tandis que la *divisio inter liberos* remonte au droit classique où elle fut introduite par la coutume. Le partage contient nécessairement une répartition de l'hérédité, le testament, au contraire peut ne renfermer que des dispositions à titre particulier. Enfin, tandis que le *testamentum inter liberos* est attributif de propriété, la *divisio* ne fait que régler la composition des lots et ne dispense pas de l'intervention du *judex* (L. 20, § 3; L. 32; L. 33; L. 39, §§ 1, 5, D., *Famil. ercisc.*, 10-2).

n'est à la tête d'un culte privé; ainsi l'esclave public, qui peut tester sur la moitié de ses biens, et le fils de famille, qui peut tester sur le pécule *castrense* et plus tard sur le pécule *quasi-castrense*, ne laissent jamais de succession *ab intestat*. En un mot, les personnes *sui juris* ont seules une hérédité légitime (*Inst.*, L. II, t. XII, *Quibus non est per. fac. test.*, pr.).

La succession *ab intestat* partage avec la succession testamentaire un certain nombre des théories que nous avons précédemment étudiées. Ainsi leur sont communes la distinction des héritiers siens et nécessaires et des héritiers externes, la manière d'acquérir l'hérédité, la forme et les effets du partage, les règles de l'accroissement, la matière des fidéicommis et des legs eux-mêmes sous Justinien. Mais la succession *ab intestat* demeure nécessairement étrangère aux solennités du testament, et tout à fait indépendante des lois caducaires. En conséquence, il ne reste guère qu'à déterminer ici les personnes qui recueillent l'hérédité légitime.

Moins fréquente et surtout moins honorée que la succession testamentaire, soumise dans le cours de son histoire à des variations nombreuses et compliquées, antipathique par son esprit et par ses détails à nos conceptions modernes, la succession légitime ne mérite pas à beaucoup près, dans une exposition scolaire du droit romain, la grande et large place qu'y doit occuper la théorie des successions testamentaires. Les principes élémentaires et leurs plus graves conséquences, tel sera donc le seul objet de ce chapitre et des chapitres qui vont suivre.

Notions générales sur les successions légitimes. — Il faut d'abord, avant d'énumérer les divers ordres de successibles et les règles spéciales qui régissent leur vocation, poser plusieurs règles générales qui dominent tout l'ensemble des successions *ab intestat*.

I. — *Ouverture de la succession légitime.* — La délation de l'hérédité légitime ne peut avoir lieu qu'au moment où l'on est certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire. Ce moment se confond le plus souvent avec l'instant du décès; mais il peut en être autrement, par exemple, si le testament est affecté d'une condition suspensive (*Inst.*, L. III, t. I, *De hered. quæ ab int.*, § 7; t. II, *De leg. ag. suc.*, § 6. — Conf., C. C., art. 718).

II. — *Coexistence entre le défunt et l'héritier.* — Pour être appelé à une hérédité légitime il faut être déjà vivant lors de la mort du défunt; car il ne saurait y avoir aucun lien juridique entre deux

personnes qui n'ont jamais coexisté. Du reste, le droit classique considère à cet égard comme vivant l'enfant simplement conçu, tandis qu'il lui refusa longtemps la capacité d'être institué, en sa qualité de personne incertaine. Ce fut le préteur seul qui assimila l'enfant conçu à l'enfant vivant dans les successions testamentaires (L. 7, pr.; L. 10, D., *De ventre in poss.*, 37-9. — Conf., C. C., art. 725).

III. — *Ordres et degrés.* — La vocation *ab intestat* repose sur une distinction d'ordres ou de classes entre les successibles. Le membre d'un ordre l'emporte toujours sur les membres des ordres subséquents, fussent-ils plus proches parents du défunt. Ce n'est donc pas la proximité du degré, mais la priorité de l'ordre qui règle la vocation. Le degré présente plus d'importance entre les membres d'une même classe; mais, à ce point de vue même, il n'est pas la cause unique de préférence, et dans le même ordre, des parents de degrés différents peuvent venir ensemble à la succession.

Si le premier appelé fait défaut, il se produit une délation nouvelle de la succession, soit dans le même ordre en faveur des degrés plus éloignés, *successio graduum*, soit au profit des membres de l'ordre subséquent, *successio ordinum*. C'est ce qu'on appelle la dévolution. Mais on verra bientôt qu'elle n'était pas toujours possible (*Gaius*, III, 12, 22. — *Inst.*, L. III, t. II, *De leg. ag. suc.*, § 7. — L. 1, § 8, D., *De suis et leg. hered.*, 38-16. — Conf., C. C., art. 786).

IV. — *Partage par têtes ou par souches.* — Souvent plusieurs parents arrivent concurremment à la succession. La quotité de leurs droits respectifs peut alors se calculer de deux manières.

1° Tantôt le partage a lieu par têtes, *per capita.* Cette formule signifie qu'on divise l'hérédité en autant de portions égales qu'il y a de successibles, et que chacun d'eux obtient une part virile. C'est la règle pour les cohéritiers en ligne directe, quand ils sont tous au premier degré, et pour les cohéritiers des autres ordres, quand il en vient plusieurs ensemble (*Ulpien*, R., t. XXVI, § 4. — Conf., C. C., art. 733, 734).

2° Tantôt le partage a lieu par souches, *per stirpes;* ce procédé n'est applicable qu'aux successibles en ligne directe. Il consiste à donner aux descendants du deuxième degré ou d'un degré ultérieur, issus d'un même enfant prédécédé ou sorti de la famille, la part virile qu'il aurait eue lui-même en venant à la succession. Par

exemple, supposons un fils en concours avec deux petits-enfants issus d'un autre fils mort ou émancipé; la succession se partage en deux moitiés, l'une pour le fils, l'autre qui se subdivise par têtes entre les deux petits-fils. L'égalité règne ici, non plus entre les cohéritiers, mais entre les souches. Ce partage par souches se combine d'ailleurs avec un partage subsidiaire par branches si les descendants du successible prédécédé sont entre eux à des degrés divers (*Gaius*, III, 8. — *Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab intest.*, § 6. — Conf., C. C., art. 740, 743).

C'est à cette occasion que les anciens interprètes ont cru trouver dans le droit romain une prétendue théorie de la représentation, qui offre un double inconvénient. D'abord, par son nom même, elle peut engendrer une confusion; car notre Code civil admet la représentation, mais uniquement des personnes mortes, tandis qu'à Rome les petits-enfants héritent à la place de leur père prédécédé ou simplement sorti de la famille (Conf., C. C., art. 744).

En second lieu, ce système est inexact au fond; car entre autres conséquences répudiées par les textes du droit romain, il aboutirait à ce résultat inadmissible, que l'incapacité ou l'indignité du successible défunt exclurait ses descendants de l'hérédité, et que sa faute serait expiée par des innocents (1). On doit reprocher d'ailleurs à cette doctrine un vice irrémédiable de logique. Elle attribue au descendant les prétendus droits de son auteur; or, ce dernier a perdu ses droits, puisqu'il est mort ou émancipé! Une telle conception a sa source dans l'idée fausse qu'un parent ne saurait concourir de son chef avec un parent plus proche; mais si le législateur constate que tous les descendants, quoique de différents degrés, occupent la même place, dans l'affection du *de cujus*, ne peut-il pas les appeler tous à titre personnel et dans un rang égal? Ne le voyons-nous pas souvent classer dans un ordre antérieur des parents plus éloignés que d'autres successibles, par exemple, les arrière-petits-fils avant les frères?

(1) Notre Code civil admet cette injustice (art. 730).

CHAPITRE XIV.

SUCCESSION AUX INGÉNUS.

(*Inst.*, L. III, t. I-IV ; t. IX.)

L'ensemble très complexe de la succession aux ingénus comprend trois éléments principaux : la loi des Douze-Tables, le système prétorien, la législation impériale.

PREMIÈRE SECTION.

SYSTÈME DES DOUZE-TABLES.

(*Inst.*, L. III, t. I; t. II.)

La loi des Douze-Tables distinguait trois ordres de successibles *ab intestat*: les héritiers siens, *heredes sui*, les agnats, *agnati*, et les gentils, *gentiles* (*Gaius*, III, 1, 9, 17).

I. — **Héritiers siens.** — Le premier ordre se composait des héritiers siens (*heredes sui* ou simplement *sui*) (*Gaius*, III, 1. — *Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab inst.*, § 1).

On entend par là les descendants qui seraient, au moment de l'ouverture de l'hérédité, placés sous la puissance immédiate du défunt, s'il vivait encore. La délation de l'hérédité légitime peut s'opérer, comme on le sait, au moment où vient à défaillir la condition suspensive apposée à l'institution d'un héritier testamentaire; dans cette hypothèse, il faut que le successible *ab intestat* ait été sous la puissance au moins médiate du défunt, lors de son décès (*Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab int.*, § 2) (1).

D'après cette définition, sont héritiers siens les enfants ou descendants quelconques *per masculos*, issus du mariage ou adoptifs non sortis de la famille par un événement quelconque. Ajoutons à ces diverses personnes la femme *in manu*, qui leur était juridiquement assimilée, comme fille, *loco filiæ*, à l'égard de son mari et pe-

(1) Il va sans dire que les descendants n'étaient jamais héritiers siens vis-à-vis de leur mère ou de leurs ascendants maternels (*Gaius*, III, 24).

tite-fille, *loco neptis*, à l'égard de son beau-père (*Gaius*, III, 3).

Par exception à la règle, on admet à succéder en qualité de *sui* les enfants ou petits-enfants simplement conçus au jour du décès de leur père ou aïeul, et ceux qui peuvent invoquer les fictions de la loi Cornélia ou du *postliminium*, après la mort de leur auteur (L. 1, D., *De suis et leg. hered.*, 38-16. — *Inst.*, L. III, t. I, *De hered., ab int.*, §§ 2, 4, 7, 8).

Quand il y a plusieurs héritiers siens venant à la même succession, ils partagent tantôt par têtes, tantôt par souches, suivant certaines règles que nous avons déjà indiquées. Sont-ils au même degré, ils partagent *per capita;* sont-ils à des degrés inégaux, ils partagent *per stirpes* (*Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab int.*, § 6; —*supra*, p. 419).

Considérés comme copropriétaires de leur père, les héritiers siens acquièrent moins une propriété nouvelle que le libre exercice d'une propriété préexistante; *statim quasi continuatur dominium.* Ils sont donc héritiers nécessaires; en d'autres termes, la succession leur est acquise de plein droit, à l'instant même de la délation. Ce résultat s'accomplit, bon gré mal gré, même à leur insu, et fussent-ils incapables (*Paul*, S., L. IV, t. VII, § 6. — L. 14, D., *De suis et leg. hered.*, 38-16. — *Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab intest.*, § 3).

Il suit de là que l'héritier sien ne peut transférer l'hérédité à un tiers, qu'elle est immédiatement transmissible à ses propres héritiers, et qu'il n'est jamais question, ni d'accroissement au profit de ses cohéritiers, ni de dévolution à des successibles postérieurs, soit dans le même ordre, soit dans un ordre différent (*Gaius*, III, 35. — L. 1, § 8, D., *De suis et leg. hered.*, 38-16).

II. — **Agnats.** — A défaut d'héritiers siens, l'hérédité légitime est déférée aux agnats (*Gaius*, III, 9. — *Inst.*, L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, pr.).

On se rappelle que l'agnation est le lien qui relie entre eux les membres d'une même famille civile; les *heredes sui* sont donc eux-mêmes des agnats, mais préférables aux autres. La loi des Douze-Tables appelait indistinctement dans cet ordre les hommes et les femmes. Mais vint une jurisprudence postérieure qui en exclut toutes les femmes, à l'exception des sœurs; la succession d'une femme continua d'appartenir à ses agnats d'un degré quelconque, mais elle ne put plus espérer que la succession de son frère. Dès lors on subdivisa l'ordre des agnats; on appela spécialement consanguins le frère et la sœur, et les mâles au delà du second degré conservè-

rent la dénomination technique d'agnats. Cette restriction, corrélative dans son esprit à la tutelle perpétuelle des femmes, dérive probablement de la loi Voconia, ou tout au moins de la *Voconiana ratio*, c'est-à-dire du désir de borner la fortune des femmes. Justinien la supprima (*Gaius*, III, 14. — *Paul*, S., L. IV, t. VIII, § 22. — *Inst.*, L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, §§ 2, 3. — L. 14, C., *De leg. hered.*, 6-58).

Les agnats succèdent sans aucune limitation de degré, *etiam longissimo gradu;* lorsqu'il y en a plusieurs, le plus proche en degré l'emporte toujours sur les autres. S'ils sont tous au même degré, ils partagent par têtes (*Inst.*, L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, §§ 3, 5, 6) (1).

Les agnats ne sont que des héritiers externes; l'acquisition de l'hérédité est donc toujours facultative pour eux; elle ne résulte que d'une adition dont les formes, les conditions et les effets sont ici les mêmes qu'en matière de succession testamentaire (*Paul*, S., L. IV, t. VIII, § 21. — *Gaius*, II, 169).

De ce point de départ, que la succession n'est pas acquise de plein droit, il faut conclure que l'agnat, et plus généralement tous les héritiers légitimes non nécessaires, peuvent par une *in jure cessio* faite avant toute adition ou répudiation, transférer l'hérédité à un tiers. Ce dernier est alors investi des droits réels, créances et dettes du défunt, comme s'il eût été lui-même héritier (*Gaius*, II, 35).

Le même principe aurait dû logiquement produire cette autre conséquence, que l'hérédité répudiée par l'agnat appelé aurait dû être transmise aux agnats subséquents. Cependant le droit classique, admettant la *successio ordinum* sans admettre la *successio graduum*, repousse toute dévolution dans l'ordre des agnats et fait passer l'hérédité à l'ordre suivant, c'est-à-dire aux gentils. Ce résultat est trop illogique pour avoir été vrai dès l'origine; il date probablement de l'époque où le préteur remplaça les gentils par les cognats ou parents du sang dans la troisième classe d'héritiers. Il est d'ailleurs certain que Justinien rétablit la dévolution entre les

(1) Quoique le texte des Institutes (*Inst.*, L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 3) soit très formel, plusieurs commentateurs, se fondant sur un autre passage (*Inst.*, L. III, t. V, *De succ. cogn.*, § 5) ont prétendu que les agnats ne succédaient que jusqu'au dixième degré. C'est une erreur démentie par tous les textes (L. 2, § 1, D., *De suis et leg.*, 38-16. — Conf., C. C., art. 755).

agnats (*Paul*, S., L. IV, t. VIII, § 21. — *Gaius*, III, 12, 22. — *Inst.*, L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 7).

III. — **Gentils.** — Après les héritiers siens et les agnats venaient les *gentiles* ou membres de la *gens* (*Gaius*, III, 17. — *Paul*, S., L. IV, t. VIII, § 3).

Il est impossible d'exposer les règles de cette succession, parce que la science actuelle n'a pas encore acquis une notion exacte de la *gentilitas*. Cicéron en a bien donné une définition qu'il présente comme un modèle du genre; mais elle nous apprend seulement que les *gentiles* portaient le même nom, étaient nés d'ingénus, ne comptaient que des ingénus parmi leurs ancêtres, et n'avaient pas subi de *capitis deminutio*, c'est-à-dire n'étaient jamais sortis de leur famille civile. Ces renseignements n'ont pas éclairci le mystère (1). Gaius nous indiquait sans doute avec sa clarté habituelle ce qu'étaient les *gentiles : qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus ;* malheureusement, le commentaire premier tel qu'il nous est parvenu dans le manuscrit de Vérone ne contient aucune indication sur les gentils (Cicéron, *Topiques*, 6. — *Gaius*, III, 17) (2).

Parmi les nombreuses conjectures qui ont été émises sur ce point, la plus conforme à l'organisation politique des premiers temps de Rome, suppose que les *gentiles* tenaient à la primitive division des citoyens en trois tribus, trente curies et trois cents décuries; la décurie serait la *gens*, et constituerait une sorte d'agrégation politique et religieuse, mais indépendante de toute communauté d'origine. En termes plus clairs, il y aurait là comme une vaste famille artificielle, unie par des rites communs, fixée peut-être dans un même quartier de la ville, et prête à recevoir les successions non recueillies dans les familles proprement dites qui la composent (*Denys d'Halicarnasse*, II, 7).

Cette constitution reçut une grave atteinte du triomphe de la démocratie sur l'aristocratie, et surtout de l'extension du droit de cité romaine. Du temps des jurisconsultes classiques, le *jus gentilitatis* était tombé dans une désuétude complète, ce qui explique

(1) Voici la définition que nous donne Cicéron de la *gentilitas : Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti* (Cicéron, *Topiques*, 6).

(2) La révision de Studmund n'a apporté sur ce point aucune lumière (Commentaires de Gaius, édition Dubois, p. 101).

évidemment la pénurie de nos renseignements sur cette vieille institution.

Observations générales. — Le système des Douze-Tables, fondé sur la notion arbitraire et étroite de l'agnation et de la puissance paternelle méconnaissait ouvertement les liens du sang et conduisait notamment à deux conséquences iniques : 1° l'ordre des héritiers siens ne pouvait exister pour les femmes, et par suite leurs descendants ne leur succédaient jamais à ce titre; entre l'enfant et sa mère il n'y avait aucun droit de succession réciproque, à moins que la mère ne fût soumise à la *manus* du mari; 2° la succession des hommes eux-mêmes était refusée à tous leurs descendants par les femmes, *per feminas*, et à ceux de leurs descendants par mâles qu'ils avaient émancipés ou donnés en adoption. On va voir que le droit prétorien et le droit impérial effacèrent progressivement ces injustices choquantes.

DEUXIÈME SECTION.

SYSTÈME PRÉTORIEN (1).

(*Inst.*, L. III, t. I, §§ 9-13; t. IX.)

§ I.

Notions générales sur les bonorum possessiones.

La *bonorum possessio* peut se définir : la dévolution héréditaire d'un patrimoine reconnu et garanti par le droit prétorien (L. 3, § 2, D., *De bon. poss.*, 37-1).

Elle est à l'hérédité civile ce que l'*in bonis* est au *dominium*, ce que le pacte est au contrat, ce que l'action utile est à l'action directe. Le préteur l'imagina pour mettre en harmonie le droit civil avec les progrès de la civilisation et pour faire disparaître les rigueurs et les vices du système successoral organisé par la loi des Douze-Tables. Mais, on comprendrait fort mal le rôle ordinairement joué par le préteur romain si l'on croyait que la théorie des

(1) Il ne devrait être logiquement question ici que des *bonorum possessiones ab intestat;* mais pour ne pas scinder la matière, nous ferons comme les Institutes (L. III, t. IX) et nous traiterons des *bonorum possessiones* en général.

bonorum possessiones se soit formée d'un seul coup et qu'immédiatement, elle soit arrivée à son épanouissement complet et définitif.

L'origine historique des *bonorum possessiones* a été et est encore sérieusement controversée; qu'il nous suffise de dire ici que la *bonorum possessio* fut probablement au début une simple règle de procédure destinée à déterminer quelle serait celle des parties qui aurait la possession intérimaire, lors d'un procès en réclamation d'hérédité. Le magistrat se bornait alors à fixer le rôle des plaideurs sans vouloir trancher à aucun titre la question de droit, car la prétention de celui à qui la *bonorum possessio* était refusée restait entière au fond. Il résulte de là que loin de vouloir remplacer le système héréditaire du droit civil par un système nouveau, le préteur se proposa d'abord de confirmer le *jus civile* en assurant au véritable ayant-droit la situation de défendeur (*Bonorum possessio confirmandi juris civilis gratia. — Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 1).

Ce ne fut que plus tard vraisemblablement que le magistrat eut l'idée de compléter le cercle trop étroit des héritiers légitimes, en accordant, à défaut d'*heredes*, la *bonorum possessio* à des personnes qui n'avaient aucune qualité pour venir à la succession civile (*Bonorum possessio supplendi juris civilis gratia. — Inst.*, L. III, t. IV, *De bon. poss.*, § 2).

Enfin le préteur osa faire un dernier pas, il refusa la *bonorum possessio* à certains héritiers du droit civil pour la donner de préférence à d'autres personnes dont les droits lui paraissaient plus sacrés et plus dignes d'intérêt (*Bonorum possessio corrigendi juris civilis gratia. — Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, pr.).

Cette marche progressive conforme à la mission ordinaire du droit prétorien s'appuie d'ailleurs sur les principes généraux et sur les documents les plus certains (L. 7, § 1, D., *De just. et jure*, 1-1. — Cicéron, *In Verrem*, II, 44, 45. — *Pro Cluentio*, 60) (1).

En résumé, lorsqu'on se place à une époque où la théorie prétorienne a été définitivement élaborée, la *bonorum possessio* nous

(1) Justinien dit cependant en termes formels que la *bonorum possessio* a été introduite par le préteur pour corriger le droit primitif; *jus bonorum possessionis introductum est a prætore emendandi veteris juris gratia* (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, pr.). Mais, on peut répondre que les rédacteurs des Institutes, vivant à une époque où la *bonorum possessio* avait en pratique et depuis longtemps remplacé le système héréditaire du droit civil, ont confondu le résultat obtenu avec le but poursuivi, sans songer à se demander s'il en avait toujours été ainsi.

apparaît comme un véritable système successoral fortifiant, complétant ou corrigeant le système du droit civil et communiquant au *bonorum possessor* non pas la qualité d'héritier que le préteur est impuissant à lui attribuer, mais tous les avantages pratiques qui appartiennent à un successeur à titre universel (*Gaius*, III, 32. — *Ulpien*, R., t. XXVIII, § 12. — L. 2, D., *De bon. poss.*, 37-1).

§ II.

Diverses espèces de bonorum possessiones.

Classification des bonorum possessiones. — Les *bonorum possessiones* sont susceptibles de plusieurs classifications; on peut en effet en indiquer trois principales tirées du but poursuivi, de la cause d'acquisition et des résultats obtenus.

I. — Au point de vue du but poursuivi, elles se divisent en trois catégories; les unes sont dites *confirmandi juris civilis gratia*, elles se bornent à confirmer le droit civil, ce sont les plus anciennes; les autres sont *supplendi juris civilis gratia*, elles furent créées pour combler les lacunes du droit primitif; enfin la troisième catégorie comprend les *bonorum possessiones corrigendi juris civilis gratia*, elles furent établies pour corriger le *jus civile*, pour en faire disparaître les rigueurs et les iniquités, ce sont les plus récentes (L. 6, § 1, D., *De bon. poss.*, 37-1).

II. — En se plaçant au point de vue de leur cause d'acquisition, les *bonorum possessiones* sont *edictales* ou *decretales*. Les *bonorum possessiones edictales* sont celles qui sont accordées, sans examen préalable du fond du droit, et en vertu d'une disposition générale de l'édit; pour les obtenir, il suffit de les demander au magistrat et de se trouver dans un des cas généraux prévus par l'*edictum prætoris*. Quant aux *bonorum possessiones decretales*, ce sont celles qui ne sont accordées qu'après examen préalable, *causa cognita*, en vertu d'un *decretum* spécial et en raison de certaines circonstances particulières souverainement appréciées par le préteur (L. 1, § 7, D., *De succ. edicto*, 38-9).

III. — Enfin au point de vue des résultats pratiques, les *bonorum possessiones* se partagent en deux groupes : les unes sont *cum re*, les autres sont *sine re*. Les premières confèrent un titre définitif et irrévocable; il en est ainsi lorsque ceux qui les obtiennent sont cer-

tains de n'avoir pas à restituer les biens à un héritier du droit civil. Les *bonorum possessiones sine re* qu'on appelle encore *sine effectu*, sont celles qui n'attribuent qu'un titre héréditaire provisoire et susceptible de tomber devant les prétentions d'un héritier du droit civil (*Ulpien*, R., t. XXVIII, § 13).

Nous parlerons des *bonorum possessiones decretales* et des *bonorum possessiones cum re* ou *sine re* lorsque nous traiterons des effets de la *bonorum possessio*, il ne sera question pour le moment que des *bonorum possessiones edictales*.

Les *bonorum possessiones edictales* ou *ordinariæ* se subdivisent en deux classes : 1° *bonorum possessiones testamentaires*; 2° *bonorum possessiones ab intestat*.

Les unes supposent l'existence d'un testament valable *jure civili* ou *jure prætorio* et correspondent à l'hérédité testamentaire du droit civil. Les autres se défèrent en l'absence de tout testament et correspondent à la succession légitime du *jus civile*.

Bonorum possessiones testamentaires. — Il y a deux *bonorum possessiones testamentaires* : la *bonorum possessio contra tabulas* et la *bonorum possessio secundum tabulas;* la première ne tient aucun compte des dispositions du testateur et s'accorde à des personnes qui n'ont pas été instituées; la seconde a pour but de faire exécuter le testament et se donne aux institués (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

1° *Bonorum possessio contra tabulas*. Cette *bonorum possessio* est celle qui, ne tenant pas compte des institutions faites dans le testament, s'accorde à certaines personnes que le défunt aurait dû instituer ou exhéréder.

Trois conditions sont nécessaires pour donner ouverture à cette *bonorum possessio*. Il faut d'abord que le testateur ait l'obligation d'instituer ou d'exhéréder ses descendants, soit en vertu des règles du droit civil, soit en vertu des règles du droit prétorien. Il faut, en second lieu, que le testateur ait au moins omis l'une des personnes qu'il devait instituer ou exhéréder. Il faut enfin que le testament, abstraction faite de l'irrégularité tenant à l'omission d'un descendant, soit susceptible, au jour du décès, de produire ses effets *jure civili* ou *jure prætorio* (*Inst.*, L. II, t. XIII, *De exh. lib.*, §§ 6, 7. — L. 1, pr., §§ 1, 8, 9; D., *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4).

La *bonorum possessio contra tabulas* appartient à deux classes de descendants : 1° Elle est d'abord déférée à tous les descendants

omis qui auraient dû être institués ou exhérédés *jure prætorio*, c'est-à-dire aux *heredes sui* et aux *liberi* qui ont perdu cette qualité par suite d'une *minima capitis deminutio*, sans avoir acquis et conservé des droits successoraux dans une autre famille. 2° Elle est également accordée aux descendants valablement institués dans le testament, car le préteur ne pouvait pas les traiter moins favorablement que les *liberi præteriti*. Mais le droit prétorien la refuse aux descendants regulièrement exhérédés; ils n'ont d'autre ressource que la *querela inofficiosi testamenti* (L. 1, pr., § 6; L. 8, §§ 11, 12; L. 11, § 5, D., *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4).

Cette *bonorum possessio* n'a pas pour effet, comme on le dit ordinairement, d'ouvrir la succession légitime et d'anéantir purement et simplement le testament du défunt. La vérité est que le testament subsiste théoriquement et qu'il produit encore d'ailleurs des effets d'une certaine importance pratique. Ainsi sont conservées : les exhérédations avec toutes leurs conséquences, les substitutions pupillaires et probablement aussi les *tutoris dationes*. Tombent, au contraire, les institutions d'héritiers, les legs et les fidéicommis. Cependant les institutions sont maintenues jusqu'à concurrence d'une part virile en faveur de certaines personnes privilégiées, ascendants, descendants, femme ou bru du testateur On conserve également l'institution des héritiers externes pour moitié lorsque la *bonorum possessio contra tabulas* a été demandée par des filles ou autres descendantes omises. Quant aux legs et autres charges testamentaires, bien qu'elles disparaissent en principe, on les maintient par exception au profit des personnes privilégiées ci-dessus mentionnées (*Gaius*, II, 125, 126. — L. 34, § 2, D., *De vulg. et pup. subst.*, 28-6; L. 10, § 5, D., *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4; L. 3, § 4, D., *De legatis præst. cont. tab.*, 37-5).

Les *bonorum possessores* investis de la *bonorum possessio contra tabulas* recueilleront tout le bénéfice des institutions et des libéralités testamentaires qui tombent, et partageront par têtes ou par souches selon les règles observées entre les héritiers siens. Enfin si parmi eux, il y a des *sui heredes* venant en concours avec des émancipés ou des enfants d'émancipés, ceux-ci devront aux *sui* le rapport de leurs biens personnels (L. 11, § 1, D., *De bon. poss. cont. tab.*, 37-4; L. 1, pr., D., *De coll. bon.*, 37-6) (1).

(1) L'obligation du rapport étant également admise dans la *bonorum possessio unde liberi*, il en sera traité à part (*infra*, p. 439).

2° *Bonorum possessio secundum tabulas.* — La *bonorum possessio secundum tabulas* est déférée aux héritiers institués dans un testament conforme soit aux règles du droit civil, soit aux règles du droit prétorien (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

Le préteur l'accorde d'abord aux héritiers testamentaires inscrits dans un testament valable *jure civili* à la seule condition qu'il n'y ait pas lieu de déférer la *bonorum possessio contra tabulas.* Il la donne également aux institués compris dans un testament qui ne satisfait pas aux exigences du droit civil pourvu : 1° que le testament porte les cachets des sept témoins; 2° que le testateur ait eu la *factio testamenti* au jour de la confection de l'écrit testamentaire et au jour du décès, alors même qu'il l'aurait perdue dans l'intervalle; 3° que l'héritier ait eu la *factio testamenti* passive tant au moment de la confection du testament qu'au moment du décès (*Gaius*, II, 147. — L. 1, §§ 8, 9; 2, pr., D., *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11) (1).

Cette *bonorum possessio* s'attribue aux divers institués dans l'ordre même où le testament les appelle et pour les parts qui leur ont été assignées par le testateur; elle se défère enfin sous l'obligation d'acquitter toutes les libéralités et d'accomplir toutes les charges inscrites dans le testament (L. 2, §§ 2, 4, D., *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

Remarquons de plus que la *bonorum possessio secundum tabulas* peut être demandée et obtenue même en vertu d'une institution conditionnelle; dans ce cas, elle ne devient définitive que par l'arrivée de la condition (L. 6, D., *De bon. poss. sec. tab.*, 37-11).

Bonorum possessiones ab intestat. — Les *bonorum possessiones ab intestat* impliquent l'absence de tout testament et supposent que le *de cujus* est mort *intestat* ou, ce qui revient au même, qu'il a laissé un testament complètement inefficace.

Les Institutes de Justinien nous en indiquent huit; les voici probablement dans l'ordre suivi par l'édit du préteur : 1° *bonorum possessio unde liberi*; 2° *unde legitimi*; 3° *unde decem personæ*; 4° *unde cognati*; 5° *tum quem ex familiá*; 6° *unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes*; 7° *unde vir et uxor*; 8° *unde cognati manumissoris* (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3, *in fine*).

(1) Par exception cependant, la *bonorum possessio secundum tabulas* était accordée au posthume externe conçu *vivo testatore*, bien qu'il n'eût pas la *factio testamenti* passive (L. 3, § 4, D., *De bon. poss.*, 37-1. — *Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, pr.).

La première, la seconde, la quatrième et la septième se réfèrent seules à la succession d'un ingénu ; la cinquième, la sixième et la huitième s'occupent de la succession d'un affranchi ; enfin la troisième suppose la succession d'un enfant émancipé.

1° *Bonorum possessio unde liberi.* — La première classe de successeurs prétoriens est l'ordre des *liberi*, plus large que la classe civile correspondante des *heredes sui*. En effet, le préteur y introduit des *sui* fictifs à côté des *sui* proprement dits ; dans ce but, il fait abstraction de toute *minima capitis deminutio* qui leur a enlevé la qualité d'héritiers siens. Sont donc *liberi* les descendants qui auraient été *sui* à l'égard du *de cujus*, sans l'émancipation ou l'adoption dont ils ont été l'objet. Mais le préteur n'admet cette fiction qu'au profit d'enfants du défunt, et sous la condition qu'ils ne se trouvent pas encore dans une famille adoptive, à l'époque de la mort de leur père naturel ; car ils auraient alors recueilli déjà, ou gardé l'espoir de recueillir plus tard la succession de leur père adoptif (*Gaius*, II, 136, 137 ; III, 26. — *Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab int.*, §§ 9, 10, 11 ; t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

En résumé, on peut donner des *liberi* la définition suivante. Ce sont tous les enfants qu'un testateur est tenu d'instituer ou d'exhéréder d'après le droit prétorien, c'est-à-dire tous les *sui heredes* naturels ou adoptifs, et tous les descendants naturels qui compteraient au nombre des *sui heredes*, si une *minima capitis deminutio*, que rescinde le préteur, ne les avait empêchés d'obtenir ou de conserver cette qualité. La *bonorum possessio unde liberi*, qui leur est déférée par le préteur, suppose qu'il n'y a pas lieu ou qu'il n'y a plus lieu à une *bonorum possessio* testamentaire (L. 1, § 2, D., *Si tab. test. nullæ*, 38-6).

Cette *bonorum possessio* leur procure la succession sans aucune charge de libéralités testamentaires, amène un partage qui sera fait selon les règles suivies entre héritiers siens, c'est-à-dire par souches ou par têtes, et les soumet au rapport comme la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 1, pr. ; L. 9, D., *De coll. bon.*, 37-6).

2° *Bonorum possessio unde legitimi.* — Cette *bonorum possessio* est la seconde des *bonorum possessiones ab intestat*, elle compète à tous ceux qui peuvent venir *jure civili* à la succession légitime du défunt (L. 1, D., *Unde legitimi*, 38-7. — *Inst.*, L. III, t. XI, *De bon. poss.*, § 3).

Elle appartient par conséquent à tous ceux qui ont été reconnus comme héritiers, par la loi des Douze-Tables ou par quelque autre source du *jus civile*, constitutions ou sénatusconsultes. Tels sont : 1° les *heredes sui* qui ont négligé de demander la *bonorum possessio unde liberi* dans le délai voulu ; 2° les agnats ; 3° les *gentiles ;* 4° le patron et ses descendants ; 5° le *parens manumissor ;* 6° l'*extraneus manumissor ;* 7° la mère venant à la succession de ses enfants en vertu du sénatusconsulte Tertullien ; 8° les enfants venant à la succession de leur mère en vertu du sénatusconsulte Orphitien ; 9° les frères et sœurs émancipés ou utérins que le droit du Bas-Empire fait concourir avec les frères et sœurs consanguins par préférence aux agnats plus éloignés (L. 2, § 4, D., *Unde legitimi*, 38-7. — *Inst.*, L. III, t. V, *De succ. cogn.*, pr.).

Le préteur acceptait complètement ici les résultats du droit civil, et n'introduisait dans cette catégorie aucun héritier de sa création ; c'est-à-dire par suite que la *bonorum possessio unde legitimi* fut toujours donnée *confirmandi juris civilis gratia.*

3° *Bonorum possessio unde decem personæ.* — En supposant le décès d'un ingénu émancipé sans contrat de fiducie, la succession du *de cujus* devrait *stricto jure* appartenir à l'*extraneus manumissor.* Cependant le préteur écarte le *manumissor* étranger et lui préfère dix cognats de l'émancipé, à savoir : le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule paternels et maternels, le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille *ex filio* ou *ex filia*, les frères et sœurs germains et consanguins ou utérins ; c'est la *bonorum possessio unde decem personæ* (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3. — *Coll. leg. Mosaic.*, t. XVI, ch. 9, § 2).

Les cognats ainsi compris dans cette *bonorum possessio* arrivent probablement deux par deux dans l'ordre où Justinien les énumère aux Institutes ; ainsi la fille concourt avec le fils, le frère avec la sœur, etc. Toutefois la mère est toujours primée par le père (L. 10, D., *De suis et leg.*, 38-16).

4° *Bonorum possessio unde cognati.* — Cette *bonorum possessio* compète à tous ceux qui font partie de la classe des cognats (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

Or, l'ordre des cognats, dont la création constitue la principale réforme prétorienne dans les successions légitimes, se compose de

tous les parents du défunt, en cette seule qualité et sans aucune distinction; mais le préteur limite leur vocation au sixième degré inclusivement, et n'appelle dans le septième que les enfants de cousins et cousines issus de germains (*sobrino sobrinave nati*) (*Inst.*, L. III, t. V, *De success. cogn.*, § 5. — Conf., C. C., art. 755).

Parmi les cognats vivants ou conçus au jour de la délation de la *bonorum possessio*, le plus proche exclut tous les autres. S'il y en a plusieurs au même degré, ils viennent ensemble et partagent par têtes. Quant à la manière de calculer les degrés, indiquée ici par Justinien, elle est déjà connue (L. 1, § 5, D., *Unde cognati*, 38-8. — *Inst.*, L. III, t. V, *De succ. cogn.*, pr.; t. VI, *De gradibus cognat.* — L. 3, C., *Unde legitimi*, 6-15; — *supra*, p. 44).

La *cognatio* qui sert de fondement à cette *bonorum possessio* peut d'ailleurs se baser sur la parenté légitime, sur la parenté naturelle et même sur la parenté adoptive.

1° *Parenté légitime ex justis nuptiis.* Outre les *liberi* et les agnats qui n'ont pas en principe besoin d'invoquer le titre de cognats, le préteur range dans cette classe, entre autres personnes, tous les parents par les femmes et les agnates non consanguines; 2° *Parenté naturelle en dehors des justæ nuptiæ.* Sont cognats à ce point de vue les enfants *vulgo quæsiti*; les enfants *ex concubinatu* ont la même vocation successorale dans leurs rapports avec leur mère ou les cognats de leur mère, mais ne l'ont pas avec leur père, tout au moins depuis l'admission de la légitimation; enfin la *cognatio servilis*, considérée comme *nulla* par le droit classique, est prise en considération depuis Justinien; 3° *Parenté adoptive.* C'est une règle civile que l'agnation, dans les cas où la cognation ne l'accompagne pas, en a néanmoins tous les effets; mais la personne qui n'est cognate qu'en vertu d'une adoption n'aura presque jamais à se prévaloir de la *bonorum possessiones unde cognati* ou qu'après avoir répudié les *bonorum possessiones unde liberi* ou *unde legitimi* (*Gaius*, III, 29, 30. — L. 1, § 4, D., *Unde cognati*, 38-8. — *Inst.*, L. III, t. IV, *De grad. cogn.*, § 10; t. V, *De success. cogn.*, § 4).

La *bonorum possessio unde cognati* appartient à la classe des *bonorum possessiones* qui furent organisées pour combler les lacunes du droit civil, *supplendi juris civilis gratia*. Elle ne confirme ni ne contredit le *jus civile*; elle ne le confirme pas puisque les simples cognats ne sont jamais, à ce titre, appelés à la succession légitime;

elle ne le contredit pas non plus puisque les cognats ne sont appelés par le préteur qu'à défaut de *sui* ou d'agnats. Le droit prétorien n'eut ici d'autre but que de consacrer les liens naturels du sang, la *ratio sanguinis*, toutes les fois que cela était possible sans détruire ni restreindre aucune vocation héréditaire consacrée par la loi (L. 1, pr.; L. 2, D., *Unde cognati*, 38-8. — *Inst.*, L. III, t. V *De succ. cognat.*, pr.).

5° *Bonorum possessio tum quem ex familia.* — Cette *bonorum possessio*, qu'on appelle encore mais plus rarement *tanquam ex familia*, se rencontre dans la succession délaissée par un affranchi. Elle est attribuée au *proximus agnatus* du patron, à défaut de patron ou de descendants de lui (*Ulpien*, R., t. XXVIII, § 7).

6° *Bonorum possessio unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes.* — Comme la précédente, cette *bonorum possessio* se réfère à la succession d'un affranchi. Mais il est assez difficile de préciser les personnes qui peuvent y prétendre.

Dans un premier système indiqué par Théophile et soutenu aujourd'hui par quelques interprètes, cette *bonorum possessio* appartiendrait au patron, à la patronne et à leurs ascendants ou descendants, dans tous les cas où ceux-ci ne pourraient invoquer ni la *bonorum possessio unde legitimi* ni la *bonorum possessio tum quem ex familia*, notamment lorsqu'ils ont subi une *capitis deminutio* depuis l'affranchissement. Dans un autre système plus ingénieux mais qui ne paraît pas démontré, il faudrait supposer que le *libertus* défunt avait pour patron un affranchi dont le patron exerçait les droits; la *bonorum possessio* en question appartiendrait alors au patron du patron, à ses descendants ou ascendants (*Théophile*, *Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 3).

7° *Bonorum possessio unde vir et uxor.* — A défaut de successibles qui précèdent, le préteur fait venir le conjoint survivant. Cette *bonorum possessio* suppose deux personnes engagées dans les *justæ nuptiæ* lors de l'ouverture de la succession, et ne concerne ni le simple concubinat, ni le *matrimonium injustum*, ni le mariage civil déjà dissous par le divorce (L. 1, pr., § 1, D., *Unde vir et uxor*, 38-11. — Conf., C. C., art. 767).

La *manus* supprimait d'ailleurs toute l'utilité de la *bonorum*

possessio unde vir et uxor (1). Car si la femme *in manu mariti* vient à prédécéder, ses biens restent au mari qui les avait acquis; survit-elle? le droit civil et le droit prétorien la classent, en première ligne, dans l'ordre des descendants. Cette *bonorum possessio* ne prit donc une importance réelle qu'après la disparition de la *manus* (*Gaius*, III, 3).

8° *Bonorum possessio unde cognati manumissoris.* — Cette *bonorum possessio* se donnait à défaut d'autres successibles plus proches, aux cognats des patrons jusqu'au sixième degré et même jusqu'au septième, aux enfants du *sobrinus* et de la *sobrina* (*Ulpien*, R., t. XXVIII, § 7).

Bonorum possessio uti ex legibus. — Le préteur pouvait aussi accorder ce que l'on appelait la *bonorum possessio uti ex legibus* aux personnes expressément appelées par une loi, par un sénatusconsulte ou par une constitution impériale (L. 1, pr., D., *Uti ex legibus*, 38-14).

Cette *bonorum possessio* est donc analogue dans son office à la *bonorum possessio unde legitimi;* mais elle se distingue de toutes les autres par l'étendue de son application; car elle n'est pas restreinte à certaines personnes déterminées, ni renfermée dans des hypothèses spéciales, et se donne tantôt *ex testamento*, tantôt *ab intestat.* Elle suppose vraisemblablement une disposition civile qui défère, non pas l'hérédité, mais la possession de biens. On en peut citer pour exemple la *bonorum possessio* des parts vacantes accordée au peuple par les lois caducaires (*Gaius*, III, 46, 47, 50, 52. — *Ulpien*, R., t. XXVIII, § 7. — L. 1, § 2, D., *Uti ex legibus*, 38-14. — *Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, § 7).

§ III.

Formes, délais et effets de la bonorum possessio.

Formes et délais. — Jusqu'à Justinien, la *bonorum possessio* ne put s'acquérir qu'en vertu d'une demande expresse (*adgnitio possessionis*). Cette demande exigeait même des termes solennels et

(1) C'est ainsi probablement qu'on peut expliquer la place si reculée que la *bonorum possessio unde vir et uxor* occupe dans la série des *bonorum possessiones*.

se portait devant le magistrat supérieur; c'est Constantin ou plutôt l'empereur Constance qui permit de la rédiger dans une formule quelconque et de l'adresser aux magistrats municipaux. La décision constituait un acte de juridiction gracieuse (L. 9, C., *Qui admit. ad bon. poss.*, 6-9).

Le magistrat à qui on s'adressait pour réclamer la *bonorum possessio* n'avait pas à vérifier l'exactitude des faits allégués par le réclamant, il n'avait qu'à voir si, en les supposant vrais, la demande était conforme à l'édit. D'ailleurs, il fut toujours admis que l'*adgnitio bonorum possessionis* pouvait se faire par l'intermédiaire d'un tiers (L. 3, § 7, D., *De bon. poss.*, 37-1).

Le préteur enferma la faculté de demander la *bonorum possessio* dans un délai utile de cent jours en principe, et d'un an pour les ascendants ou descendants du défunt. A la différence du *tempus deliberandi*, ce délai court de plein droit et sans décret spécial à partir du moment où l'appelé connaît sa vocation et peut agir. L'expiration de ce délai, le refus ou la défaillance des ayant-droit donnent ouverture à l'accroissement ou à la dévolution, suivant les cas (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, §§ 8, 9, 10).

Effets de la bonorum possessio. — Pour connaître les effets de la *bonorum possessio* et pour apprécier la condition juridique du *bonorum possessor*, on doit distinguer entre la *bonorum possessio cum re* et la *bonorum possessio sine re*. Donnée *cum re*, elle est opposable à l'héritier civil comme aux tiers; donnée *sine re*, elle n'est opposable qu'aux tiers, et n'empèche pas l'héritier civil d'évincer ou de repousser le *bonorum possessor* (*Ulpien*, R., t. XXVIII, § 13).

Au début, elle fut en principe *sine re*. Car la *bonorum possessio*, ainsi que nous l'avons vu, fut originairement un simple moyen de régler en fait la possession d'une hérédité litigieuse. Elle n'était alors *cum re* qu'à la condition de compéter à l'héritier lui-même ou d'être déférée en l'absence d'héritiers; mais elle restait *sine re* chaque fois que le *bonorum possessor* avait à lutter contre un *heres*.

Peu à peu cependant, la supériorité du système successoral des préteurs sur la vieille législation civile devint claire à tous les yeux; sous l'apparence modeste d'un règlement de procédure, il tendit de plus en plus à refondre l'ensemble des successions. Les jurisconsultes et les empereurs l'élargirent et le consacrèrent, et l'on voit au temps classique les *bonorum possessiones contra tabu-*

las ou *secundum tabulas* souvent déclarées *cum re*. Quant aux *bonorum possessiones ab intestat*, les textes sont muets; mais il est certain qu'elles durent, au point de vue de l'efficacité, recevoir la même extension progressive.

Les *bonorum possessores cum re* ou *sine re* jouissent les uns et les autres de l'interdit *quorum bonorum* et de la *petitio hereditatis possessoria*, dont il sera parlé dans la théorie des actions. La question débattue sur l'interdit n'est que provisoire, et se tranche toujours en faveur du *bonorum possessor* quel qu'il soit, pourvu qu'il ait demandé la *bonorum possessio* en temps utile et dans les formes voulues. La question débattue sur la pétition d'hérédité est définitive, et le *bonorum possessor cum re* y peut triompher seul contre l'héritier. En outre, tout *bonorum possessor* a bien la faculté d'usucaper les choses corporelles de l'hérédité; mais le *bonorum possessor cum re* est seul assuré d'achever l'usucapion ou d'en conserver le bénéfice.

En résumé, le *bonorum possessor* est *loco heredis* sans être véritablement héritier; il recueille l'actif et supporte le passif même *ultra vires*; il transmet son droit à ses propres successeurs quand il a fait *adgnitio;* il est investi et tenu de l'action *familiæ erciscundæ;* enfin il est armé contre les tiers d'une action en revendication, la *petitio hereditatis possessoria* (L. 1; L. 3, § 7, D., *De bon. poss.*, 37-1; L. 24, § 1, D., *Famil. ercis.*, 10-2) (1).

Bonorum possessio decretalis. — On sait que la *bonorum possessio* est ordinairement accordée sans examen, en vertu d'une disposition générale de l'Édit; aussi l'appelle-t-on *edictalis*.

Mais il y a d'autres hypothèses où la *bonorum possessio* est qualifiée de *decretalis;* ce nom fait entendre qu'elle n'est alors accordée qu'en vertu d'un décret rendu après examen. Il est probable que la *bonorum possessio decretalis*, précéda l'*edictalis*, dont elle avait d'abord les conséquences, et qui ne fut que la généralisation de la précédente. Une fois l'*edictalis* organisée, la *decretalis* subit une

(1) La situation du *bonorum possessor* diffère cependant de celle de l'héritier à plusieurs points de vue. Ainsi le *bonorum possessor* n'est pas propriétaire quiritaire des biens compris dans la succession, il n'a que l'*in bonis;* il n'est pas investi des actions directes appartenant au défunt, le préteur ne lui accorde que des actions utiles ou fictices; il n'est pas non plus le continuateur juridique du *de cujus*, et à ce titre n'est pas tenu des *sacra* (*Gaius*, III, 80, 81; IV, 34). Mais en revanche, il peut demander la *bonorum possessio* par l'intermédiaire d'un tiers et jouit contre tous ceux qui possèdent *pro herede* ou *pro possessore* de l'interdit *quorum bonorum* qui manque à l'*heres* du droit civil (*Gaius*, IV, 144. — L. 7, § 1, D., *De bon. poss.*, 37-1).

transformation de nature et d'effets, et ne se présenta plus qu'à propos de circonstances non prévues dans les règles générales de l'Édit. On ne peut donc fournir une liste complète des applications qu'elle a reçues ; mais un principe à peu près certain, c'est que la *bonorum possessio decretalis* ne se donne qu'en présence d'obstacles temporaires, qui empêchent actuellement la preuve d'un droit déjà ouvert ou l'acquisition d'un droit encore éventuel à la *bonorum possessio edictalis*.

L'exemple le plus célèbre de cette pratique est dans l'édit Carbonien. Supposons un impubère qui demande la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas* en sa qualité de descendant du défunt, et dont l'état est contesté. Le préteur ne fera pas juger immédiatement cette grave question d'état, et la renverra au temps où l'enfant pourra la diriger lui-même ; en attendant, il lui accordera, après une vérification sommaire de la vraisemblance de ses droits, une *bonorum possessio decretalis* qui restera provisoire (L. 1, pr., D., *De Carb. edicto*, 37-10).

Les différences entre la *bonorum possessio edictalis* et la *decretalis* sont assez graves. 1° Par sa nature et par sa forme, la première appartient à la juridiction gracieuse, la seconde à la juridiction contentieuse, puisqu'elle suppose un examen ; aussi ne peut-elle être demandée qu'au tribunal du magistrat, jamais par voie de simple requête écrite. Le délai pour solliciter la *decretalis*, quoique pareil en théorie au délai de l'*edictalis* est plus long en pratique : car on y doit compter comme utiles que les jours non fériés. Enfin, puisque la *decretalis* n'est pas déférée par l'Édit, mais par un décret spécial et après une demande formelle, elle est acquise aussitôt que déférée, et ne saurait faire l'objet d'une répudiation (L. 3, § 8, D., *De bon. poss.*, 37-1; L. 1, § 7, D., *De success. edit.*, 38-9. — L. 2, §§ 1, 2, D., *Quis ordo in poss.*, 38-15).

2° Dans ses effets, la *bonorum possessio decretalis* est toujours *sine re* ; car elle implique obligation éventuelle de restituer, et dès lors ne constitue pas non plus une *justa causa possidendi*. Elle ne procure ni la pétition d'hérédité, ni même l'interdit *quorum bonorum* qui suppose l'*animus domini*. Le titre du *bonorum possessor decretalis* n'est pas transmissible à ses héritiers. Du reste, moyennant une satisdation, ce *bonorum possessor* a le droit d'administrer la succession, il a aussi l'exercice actif ou passif des actions héréditaires ; enfin il est protégé dans sa possession par l'interdit pro-

hibitoire *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* (L. 1, D., *De bon. poss. fur.*, 37-3; L. 3, § 13; L. 5, §§ 1, 2, 5, D., *De Carb. edict.*, 37-10).

§ IV.

Rapport.

Théorie prétorienne de la collatio bonorum. — Le rapport, *collatio bonorum*, consiste dans l'obligation imposée par le préteur aux descendants émancipés, de partager leurs biens propres avec les héritiers siens qui subissent leur concours, soit dans la *bonorum possessio contra tabulas*, soit dans la *bonorum possessio unde liberi* (*supra*, p. 429, 431).

Cette obligation repose sur un motif d'équité; en effet, tandis que les émancipés devenus *sui juris* ont pu se réaliser une fortune personnelle, les *heredes sui* restés en puissance n'ont rien pu acquérir en propre et leurs acquisitions sont allées grossir le patrimoine héréditaire qui va se partager entre tous les descendants. Il était donc de toute justice que les émancipés missent aussi en commun leurs biens personnels afin que les *sui* pussent y venir prendre leur part (L. 1, pr., D., *De coll. bon.*, 37-6).

Qui doit le rapport. — Doivent le rapport non-seulement les émancipés, seuls visés dans l'*edictum prætoris*, mais encore tous les descendants sortis de la famille civile du défunt et qui ne viennent à sa succession que *jure prætorio*. La nécessité de rapporter pèse sur le *bonorum possessor* lui-même, s'il est *sui juris*, lors du décès, ou, s'il est *alieni juris*, sur l'ascendant qui recueille par son intermédiaire le bénéfice de la *bonorum possessio*; ce dernier cas se réalise entre autres exemples, quand le défunt est un émancipé dont le fils est né et resté sous la puissance de l'aïeul (L. 1, § 14; L. 2, pr., L. 5, pr., D., *De coll. bon.*, 37-6).

A qui est dû le rapport. — La *collatio bonorum* est due aux *sui* investis de la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi*, toutes les fois que le concours des héritiers prétoriens leur cause un préjudice.

D'abord, le rapport n'est dû qu'aux héritiers siens; il suit de là que la *collatio* est écartée lorsque la *bonorum possessio* n'est déférée qu'à des émancipés; il en résulte encore que le rapport ne doit jamais profiter aux émancipés; *emancipati invicem nihil conferunt;*

donc, quand il y a plusieurs émancipés, le rapport se fait entre les *sui* et chaque émancipé considéré séparément, abstraction faite des autres (L. 1, § 24; L. 3, §§ 2, 3, D., *De coll. bon.*, 37-6).

D'ailleurs, les *sui* ne peuvent exiger la *collatio* qu'autant qu'ils ne se sont pas contentés de leur titre civil et qu'ils ont demandé la *bonorum possessio*. Enfin le rapport ne leur est dû que dans les cas où le concours des émancipés leur cause un préjudice et dans la mesure du préjudice causé (L. 1, §§ 5, 8; L. 14, pr., D., *De coll. bon.*, 37-6).

Objet du rapport. — Le rapport n'est applicable qu'à ceux des biens du *bonorum possessor* qui eussent été compris dans la succession, s'il fût resté *suus*. Ainsi, par exemple, s'agit-il d'un émancipé, la *collatio* comprendra tous les biens corporels ou incorporels acquis par lui depuis le jour de son émancipation jusqu'au décès du père. Exceptionnellement, l'enfant ne doit pas rapporter : 1° les biens composant son pécule *castrense* ou *quasi-castrense;* 2° les valeurs qu'il a reçues de son père *dignitatis causa;* 3° la dot qui lui a été apportée par sa femme, alors même que celle-ci serait déjà morte; 4° les actions intransmissibles activement comme l'*actio injuriarum* (L. 1, §§ 15, 16, 20, 21; L. 2, § 4, D., *De coll. bon.*, 37-6).

Il va sans dire que le rapport se fait d'après l'état et la valeur des biens au jour du décès, déduction de toutes les dettes et charges qui les grèvent à cette époque (L. 2, § 1, D., *De coll. bon.*, 37-6).

Formes de la collatio. — Le rapport peut se faire, au choix de l'émancipé, ou en nature, ou en moins prenant, ou encore *cavendo*. Il se fait en nature lorsque le débiteur du rapport remet effectivement à la masse héréditaire les biens qu'il devait rapporter. Il se fait en moins prenant lorsque l'émancipé précompte sur sa part héréditaire la valeur des choses soumises à la *collatio*. Enfin le rapport se fait *cautione* ou *cavendo* lorsque l'héritier prend l'engagement garanti par des fidéjusseurs d'indemniser ses cohéritiers dans la mesure du rapport qu'il doit effectuer (L. 1, § 9, D., *De coll. bon.*, 37-6. — Conf., C. C., art. 858-860, 868, 869).

Si l'émancipé refuse de *conferre bona*, il perd, tout en restant *bonorum possessor*, le droit de prendre part au partage de l'actif héréditaire. S'il ne peut trouver des fidéjusseurs pour fournir la *satisdatio* requise, on confie provisoirement sa part à un curateur et il ne la touche qu'après avoir rempli son obligation (L. 2, § 9, D., *De coll. bon.*, 37-6. — L. 11; L. 16, C., *De coll.*, 6-20).

Modifications introduites par la jurisprudence et le droit impérial. — La théorie primitive du rapport telle que le préteur l'avait organisée fut élargie et complétée par les jurisconsultes et les empereurs.

Le préteur n'imposait jamais le rapport aux *sui*; ce principe fut modifié par Antonin le Pieux qui décida que la fille restée sous la puissance du *de cujus* rapporterait sa dot sans distinguer entre la dot *profectice* et la dot *adventice* (L. 1, pr.; L. 1, § 7, D., *De dotis coll.*, 37-7).

Le rapport n'était jamais dû aux émancipés; sur ce point encore, la réforme se fit. Les jurisconsultes, après beaucoup d'hésitations et de controverses, firent admettre que la dot *profectice* tout au moins, se rapporterait tant aux émancipés qu'aux *sui* (L. 4, C., *De coll.*, 6-20) (1).

Jusqu'ici le rapport n'était possible que dans la succession d'un ascendant mâle, et à la charge des descendants *per masculos*. Mais en 467, l'empereur Léon soumit à la nécessité de rapporter la dot ou la donation *ante nuptias* reçue du *de cujus* tout descendant quelconque venant à la succession d'un ascendant ou d'une ascendante (L. 17, C., *De coll.*, 6-20).

Toutes ces modifications s'élargirent et se généralisèrent encore le jour où le *filiusfamilias* eut la propriété de tous les biens qui lui advenaient sans le fait du père. Ce grave changement devait nécessairement influer sur l'ancienne théorie du rapport, et Justinien consommant la réforme posa deux règles importantes : 1° le rapport s'applique à tous les biens que le descendant successible émancipé ou *suus* a reçus de l'ascendant défunt et qui sont imputables sur la quarte légitime ainsi qu'à la dot et aux donations *propter nuptias*; les donations entre-vifs se rapportent par exception lorsque le donataire concourt avec un autre descendant qui rapporte une dot ou une donation *ante nuptias*; 2° le rapport ne s'applique pas aux biens que le *paterfamilias* n'acquiert plus, c'est-à-dire aux *bona castrensia*, *quasi-castrensia* et *adventitia* (L. 19; L. 20; L. 21, C., *De coll.*, 6-20).

En résumé, la *collatio bonorum* a fini par sortir du vieux cadre prétorien qui la restreignait à la succession d'un ascendant mâle

(1) *His etenim qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem, post varias prudentium opiniones, conferri placuit* (L. 4, C., *De coll.*, 6-20).

recueillie par des descendants *per masculos*. Elle s'est étendue à la succession des ascendants de tout sexe, mais ne porte plus que sur les biens provenus du défunt. D'ailleurs, elle ne grève ni les ascendants, ni les collatéraux, ni même les descendants venant à la succession en vertu d'une disposition testamentaire (Conf., C. C., art. 848-869) (1).

TROISIÈME SECTION.

LÉGISLATION IMPÉRIALE.

Le préteur n'avait pas heurté de front le système de la loi des Douze-Tables; il avait laissé debout le principe que l'agnat, *suus* ou non, était l'unique héritier proprement dit. Les cognats n'étaient pas encore appelés à l'hérédité civile; ils n'arrivaient même, à l'exception des *liberi*, à la *bonorum possessio* qu'après les agnats. Mais à partir d'Adrien et jusqu'à la réforme capitale entreprise par Justinien dans la Novelle 118, des sénatusconsultes et des constitutions impériales vinrent continuer l'œuvre du droit prétorien; l'antique prédominance de l'agnation fut battue directement en brèche, et la cognation donna pour la première fois accès à l'hérédité civile. Nous étudierons les principales réformes dues au droit impérial dans l'ordre des descendants, des ascendants et des collatéraux.

I. — **Descendants**. — D'après les Douze-Tables, l'enfant ne succédait pas à sa mère, si elle ne décédait *in manu mariti;* car l'enfant et la mère étaient en ce dernier cas réputés frère et sœur. Dans le système des *bonorum possessiones*, l'enfant ne venait à la succession de sa mère qu'au rang des cognats.

Sénatusconsulte Orphitien. — Le sénatusconsulte Orphitien, porté sous Marc-Aurèle et Commode, modifia radicalement cet état de choses, en déférant les biens de la mère, ingénue ou affranchie, à tous ses enfants du premier degré, même naturels ou *vulgo concepti,* pourvu qu'ils fussent ingénus et citoyens. Ils exclurent tous les héritiers appelés par l'ancien droit civil (*Inst.*, L. III, t. IV, *De senat. Orph.*, pr., § 3).

Complément de l'Orphitien. — Le sénatusconsulte Orphitien

(1) Justinien modifia sur un point sa théorie du rapport dans la Novelle 18, ch. 6, en statuant que la *collatio* serait due, même dans les successions testamentaires, à moins d'une dispense expresse du testateur.

n'avait pas innové à l'égard des descendants de degrés ultérieurs. Mais, en 389, une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius acheva sur ce point la réforme, en posant deux règles nouvelles :

1° La succession d'une aïeule ou bisaïeule est déférée à ses petits-enfants ou arrière-petits-enfants, sous la déduction d'un quart en faveur des agnats. Justinien attribua cette succession tout entière aux descendants d'un degré quelconque, et fit participer au même droit l'enfant né en esclavage et libéré avant l'ouverture de la succession (L. 9; L. 12, C., *De suis et legit.*, 6-55. — *Inst.*, L. III, t. IV, *De senat. Orph.*, § 1).

2° La succession d'un aïeul est déférée aux petits-enfants *ex filia*, à la place de leur mère prédécédée, sous la déduction d'un tiers en faveur des héritiers siens, ou d'un quart en faveur des agnats. La première restriction fut conservée et la seconde supprimée par Justinien. En outre, il établit le droit de tous les descendants par les femmes, sans limitation de degrés (L. 12, C., *De suis et legitimis*, 6-55. — *Inst.*, L. III, t. I, *De hered. ab intest.*, §§ 15, 16).

II. — **Ascendants.** — Dans le droit primitif, la mère ne succédait jamais à ses enfants en sa seule qualité, à moins de se trouver *in manu mariti.* Mais, dès le règne d'Antonin le Pieux ou d'Adrien, le sénatusconsulte Tertullien appela la mère à la succession de ses enfants prédécédés, légitimes ou non, sans créer de vocation nouvelle pour les autres ascendants ou ascendantes de la ligne maternelle, ni pour les ascendantes paternelles (*Inst.*, L. III, t. III, *De senat. Tertull.*, pr., § 2) (1).

Conditions du Tertullien. — Cette innovation fut subordonnée à trois conditions : 1° l'enfant défunt devait être ingénu et *sui juris ;* sinon ses biens tombaient sous l'application des règles anciennes (*infra*, p. 445); 2° la mère devait avoir le *jus trium vel quatuor liberorum* selon qu'elle était ingénue ou affranchie; 3° enfin, des constitutions impériales firent un devoir à la mère d'un impubère, lorsqu'elle était elle-même majeure de vingt-cinq ans, de poursuivre dans l'année la nomination d'un tuteur ou le remplacement du tuteur excusé ou destitué, sous peine de perdre la succession

(1) Même avant le sénatusconsulte Tertullien, les empereurs appelaient quelquefois une mère à la succession de ses enfants, ainsi fit notamment l'empereur Claude; mais ce n'étaient là que des décisions particulières et de faveur sans portée générale (*Inst.*, L. III, t. III, *De sen. Tert.*, § 1).

de son enfant mort avant la puberté. Justinien supprima les deux premières conditions, mais il maintint la troisième qui constituait une protection pour l'enfant (L. 2, C., *De jure liber.*, 8-59. — *Inst.*, L. III, t. III, *De senat. Tertull.*, §§ 4, 6, 7).

Effets du Tertullien. — Excluaient la mère, d'après le sénatus-consulte même, les enfants de son enfant, lorsqu'ils étaient *sui* ou assimilés aux *sui*, et, d'après des constitutions impériales, un descendant quelconque du *de cujus*, par les mâles ou par les femmes. L'excluaient encore le père et les frères consanguins du défunt (*Ulpien*, R., t. XXVI, § 8. — L. 2, §§ 8, 13, D., *Ad senat. Tertull.*, 38-17. — *Inst.*, L. III, t. III, *De senat. Tert.*, § 3).

Concouraient avec la mère, les sœurs consanguines pour la moitié, et, par suite d'une constitution postérieure, pour un tiers l'oncle paternel et ses descendants jusqu'au second degré ainsi que les frères émancipés du défunt (*Inst.*, L. III, t. III, *De senat. Tert.*, §§ 3, 5).

Droit de Justinien. — Justinien élargit le droit héréditaire de la mère et l'appela à la succession de ses enfants immédiatement après les descendants et le père. Avec les frères et sœurs agnats ou non, il la fit concourir pour une part virile; et si des sœurs arrivaient seules, il lui laissa, comme auparavant, la moitié de la succession (*Inst.*, L. III, *De senat. Tert.*, § 5).

III. — **Collatéraux.** — Parmi les frères et sœurs, la loi des Douze-Tables excluait les utérins, et les germains ou consanguins n'héritaient qu'à la condition de n'avoir pas subi de *capitis deminutio*. Le préteur classait les uns et les autres parmi les cognats et leur accordait la *bonorum possessio unde cognati*. L'empereur Anastase commença par admettre au rang des agnats les consanguins émancipés, mais non leurs enfants; seulement, en présence de frères ou de sœurs non émancipés, leur part était restreinte aux deux tiers de ce qu'ils eussent recueilli s'ils fussent restés dans la famille. Justinien assimila sur ce point les germains, les consanguins et les utérins, compléta l'innovation en appelant, à défaut de frères ou de sœurs, les enfants au premier degré d'un frère émancipé ou utérin, ou d'une sœur quelconque (*Inst.*, L. III, t. II, *De leg. agnat. succ.*, § 4; t. V, *De succ. cognat.*, § 4. — L. 15, §§ 1, 2, C., *De leg. hered.*, 6-58).

Justinien rendit aussi aux femmes agnates les droits héréditaires que leur avait enlevés la *Voconiana ratio*, et les mit pour l'avenir

sur la même ligne que les hommes (*Inst.*, L. III, t. II, *De leg. agnat. succ.*, § 3. — L. 14, pr., C., *De legit. hered.*, 6-58).

APPENDICE.

SUCCESSION LAISSÉE PAR UN FILS DE FAMILLE OU PAR UN ÉMANCIPÉ.

I. — **Succession laissée par un fils de famille.** — Le *filius-familias* acquit peu à peu l'aptitude à devenir propriétaire, et la capacité précieuse de tester lui fut accordée par Adrien et par Justinien, dans une mesure qui nous est connue. Mais on lui refusa jusqu'à Justinien la faculté de laisser une succession *ab intestat;* s'il mourait intestat, ses biens étaient attribués comme un pécule ordinaire (*jure peculii*) à l'ascendant investi de la puissance (*Inst.*, L. II, t. XIX, *Quibus non est perm.*, pr.; — *supra*, p. 285).

Vers le milieu du cinquième siècle de notre ère, les empereurs Théodose et Valentinien dérobèrent à cette règle la dot, la donation *ante nuptias* et généralement les *lucra nuptialia;* l'exception fut étendue par Justinien aux biens adventices, et vraisemblablement aussi aux *bona castrensia* et *quasi-castrensia*, c'est-à-dire en définitive à tous les biens dont le fils de famille avait la propriété. Ils formèrent désormais une véritable hérédité légitime, dévolue d'abord aux descendants du défunt ou de la défunte, après eux au père ou à l'aïeul; le père primait toujours l'aïeul et ne lui laissait que l'usufruit. Plus tard, on fit passer avant le père les frères et sœurs quelconques du *de cujus*. Mais la mère fut admise à concourir avec eux *pro parte virili* ou pour moitié, suivant une distinction déjà faite; et Justinien conserva dans tous les cas au père de famille l'usufruit qu'il avait eu sur les biens de l'enfant vivant (L. 7, § 1, C., *Ad senat. Tert.*, 6-56; L. 3; L. 4; L. 6, § 1, C., *De bonis quæ liberis*, 6-61).

II. — **Succession laissée par un émancipé.** — Dans le droit classique, la succession *ab intestat* de l'enfant émancipé appartenait en première ligne à ses descendants *sui* ou assimilés aux *sui*, en seconde ligne à l'ascendant émancipateur, si l'émancipation était faite *contracta fiducia*, et dans l'hypothèse contraire au *manumissor extraneus* ou à ses descendants (*Inst.*, L. III, t. II, *De leg. agnat. succ.*, § 8).

Mais cette réglementation reçut de nombreuses et profondes

modifications. Le préteur écarta l'*extraneus manumissor*, pour faire passer avant lui, certains proches parents de l'émancipé à qui il accorda la *bonorum possessio unde decem personæ.* Le sénatusconsulte Tertullien, à défaut de père, appela la mère à la succession de son fils émancipé. Les enfants d'une fille émancipée exclurent depuis le sénatusconsulte Orphitien le père émancipateur et vinrent en concours avec la mère. Enfin la réforme la plus considérable en cette matière fut faite par Justinien; ce prince déclara que l'ascendant *manumissor* serait toujours réputé faire l'émancipation *contracta fiducia.* Dès lors il ne fut jamais primé que par les descendants et les frères ou sœurs du *de cujus* (L. 7, C., *Ad senat. Tert.*, 6-56; L. 13, C., *De legit. hered.*, 6-58).

CHAPITRE XV.

SUCCESSION AUX AFFRANCHIS.

(*Inst.*, L. III, t. VII.)

Nous avons précédemment étudié les successions aux ingénus sous le triple aspect du droit civil, du droit prétorien et du droit impérial. Les successions aux affranchis présentent la même division.

§ I.

Loi des Douze-Tables.

Dans le système des Douze-Tables, tous les affranchis sont citoyens. Leur succession *ab intestat* appartient d'abord à leurs héritiers siens, les seuls agnats qu'ils puissent avoir. A défaut d'*heredes sui*, la loi appelle le patron et ses descendants. Ces personnes remplacent l'ordre des agnats. 1° Comme les agnats, elles succèdent sans distinction de sexe; mais on exclut les descendants de la patronne, les descendants du patron par les filles, et ceux qu'il a émancipés ou donnés en adoption; les autres enfants prennent la succession de l'affranchi, indépendamment de toute participation à la succession du patron. 2° C'est la proximité du degré qui détermine la délation; ainsi, de deux patrons dont l'un survit et l'autre

prédécède, le survivant écarte les enfants du prédécédé; le fils du patron prédécédé écarte le petit-fils, etc. Le partage se fait toujours par têtes. Enfin le patron et ses descendants sont des héritiers externes (*Gaius*, III, 43, 45, 46, 49, 58, 60, 61. — *Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, pr.) (1).

Du reste, la liberté de tester était entière pour tous les affranchis; en conséquence le *libertus* pouvait complètement exclure le patron de sa succession en testant au profit d'une personne quelconque. Il trouvait encore le moyen de l'écarter en se donnant des héritiers siens par l'adoption (*Gaius*, III, 40).

§ II.

Droit prétorien.

Le préteur voulut attribuer au patron une situation plus avantageuse et plus sûre. Il ne s'occupa d'ailleurs que de l'hypothèse où le patron et l'affranchi étaient l'un et l'autre du sexe masculin. Car il ne tenait pas à donner des fortunes aux patronnes; quant aux affranchies, elles ne pouvaient tester qu'avec l'*auctoritas* de leur tuteur, c'est-à-dire du patron, et ne pouvaient mourir *ab intestat* sans lui laisser leur succession, puisqu'elles n'avaient jamais d'héritiers siens et ne pouvaient pas en avoir (*Gaius*, III, 43, 49. — *Ulpien*, R., t. XXIX, § 2).

Innovations prétoriennes. — Dans les rapports successoraux du patron et de l'affranchi, le préteur introduisit deux modifications principales : 1° à défaut de testament, le patron est exclu par les *liberi* de l'affranchi. Mais, en présence d'un enfant adoptif ou d'une femme *in manu*, il a droit à une moitié qu'il obtient par une *bonorum possessio unde legitimi;* 2° s'il y a un testament, le patron est exclu par les *liberi* de l'affranchi, soit institués, soit admis à la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais lorsqu'ils sont régulièrement exhérédés, ou qu'il n'en existe pas, l'affranchi doit laisser au patron la moitié de ses biens, par institution ou par une libéralité quelconque de dernière volonté; sinon le patron l'exige au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis* (*Gaius*, III, 41. —

(1) Ces principes s'appliquaient aussi à la succession laissée par une personne libérée du *mancipium*.

Ulpien, R., t. XXIX, § 1. — *Inst.*, L: III, t. VII, *De succ. libert.*, § 1).

Bonorum possessiones spéciales. — Le préteur organisa aussi trois *bonorum possessiones* spéciales à la succession de l'affranchi et que nous avons mentionnées ailleurs (*supra*, p. 431) : 1° la *bonorum possessio tum quem ex familia* ; elle est, à défaut du patron et de sa postérité, déférée subsidiairement à ses agnats ; 2° la *bonorum possessio unde patronus, patrona, liberique et parentes patroni patronæve.* D'après l'opinion qui semble prévaloir, elle est utile pour le patron et la patronne qui ont subi une *capitis deminutio* depuis l'affranchissement, pour les descendants du patron sortis de sa famille ou qui n'en ont jamais fait partie, pour les descendants de la patronne, pour les ascendants du patron ou de la patronne qui sont étrangers à leur famille ; car aucune de ces personnes ne pourrait se prévaloir des *bonorum possessiones unde legitimi* ni *tum quem ex familia* ; 3° la *bonorum possessio unde cognati manumissoris* en l'absence d'autres personnes, le préteur défère enfin la succession de l'affranchi aux plus proches cognats du patron (*Ulpien*, R., t. XXVIII, § 7).

Du reste, ces trois *bonorum possessiones* doivent se combiner : 1° avec la *bonorum possessio unde cognati*, qui les prime toutes pour appeler à la succession les cognats de l'affranchi ; 2° avec la *bonorum possessio unde vir et uxor*, qui prime la troisième pour appeler à la succession le conjoint de l'affranchi, par préférence aux cognats du patron.

§ III.

Droit impérial.

Dans cette période, il faut mettre à part les trois classes d'affranchis qui furent distinguées jusqu'à Justinien (*Inst.*, L. I, t. V, *De libertinis*, § 3 ; — *supra*, p. 24).

I. — **Affranchis citoyens.** — La loi Papia Poppœa, fidèle à l'esprit des lois caducaires dont elle fit partie, se proposa d'encourager la procréation légitime ; elle distingua d'ailleurs entre le patron et la patronne.

Droits du patron. — Il n'y a rien de changé à la succession de l'affranchi mâle qui laisse une fortune inférieure à cent mille sesterces. Est-elle égale ou supérieure à ce chiffre, pour que le pa-

tron soit exclu, il faut que l'affranchi ait alors trois enfants au moins; s'il n'en a qu'un ou deux, le patron prend une part virile, sans distinction entre la succession légitime et la succession testamentaire. Les mêmes dispositions sont applicables aux descendants mâles et *per masculos* du patron, ainsi qu'à ses descendantes investies du *jus trium liberorum* (*Gaius*, III, 42, 46. — *Ulpien*, R., t. XXIX, § 5. — *Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 2) (1).

S'agit-il d'une affranchie, *liberta*, la loi Papia Poppœa créait elle-même un danger, en libérant l'affranchie de la tutelle du patron par le *jus quatuor liberorum ;* car elle lui donnait ainsi la capacité de tester librement. Pour écarter ce péril, dans l'hypothèse d'un testament, elle assura toujours au patron une part virile, calculée sur le nombre des enfants laissés par la défunte. Si l'affranchie mourait sans testament, le patron continua de recueillir toute la succession, faute d'héritiers siens, jusqu'au sénatusconsulte Orphitien qui, nous l'avons dit, fit passer les enfants de la défunte avant le patron. Les mêmes droits appartenaient aux fils ou descendants mâles du patron. Quant à ses descendantes investies du *jus liberorum*, on les y admit aussi, réserve faite de certaines discussions sur le cas où l'affranchie avait elle-même le *jus liberorum* (*Gaius*, III, 44-47).

La vocation des enfants du patron était toujours subordonnée à leur légitimité (L. 18, D., *De bon. libert.*, 38-2).

Droits de la patronne. — La patronne est-elle affranchie elle-même, trois enfants lui donnent accès à la *bonorum possessio unde legitimi dimidiæ partis*, dans les circonstances où l'Édit l'accorde au patron. Est-elle ingénue, deux enfants lui valent la même *bonorum possessio*, et trois enfants ou plus la font participer aux avantages que la loi Papia a créés pour le patron. Aucune innovation n'est établie en faveur de la patronne sans enfants (*Gaius*, III, 50. — *Ulpien*, R., t. XXIX, §§ 6, 7).

La patronne d'une femme, quand elle est douée du *jus liberorum*, a contre le testament qui la dépouille une *bonorum possessio*

(1) Lorsque l'affranchi avait fait des aliénations qui avaient eu pour effet de faire descendre son patrimoine au-dessous de cent mille sesterces, elles étaient nulles de plein droit. Dans le cas où ces aliénations avaient eu simplement pour conséquence d'affaiblir la part héréditaire du patron, elles tombaient sous le coup de l'action *Faviana*, si le *libertus* avait testé, ou de l'action *Calvisiana*, dans l'hypothèse contraire. Ces deux actions avaient été créées par l'édit du préteur (L. 16, D., *De jure patr.*, 37-14; L. 1, pr.; L. 3, D., §§ 2, 3, *Si quid in fraud. patr.*, 38-5).

dimidiæ partis. Si la patronne n'a pas le nombre légal d'enfants, ou que l'affranchie meure *intestata*, la législation des Douze-Tables conserve son entière application (*Gaius*, III, 52).

Les droits de la patronne ne passaient pas à ses enfants sous les Douze-Tables. Les lacunes du texte de Gaius empêchent de préciser les modifications de la loi Papia sur ce point. Mais il est certain tout au moins que la légitimité n'était pas exigée des enfants de la patronne pour leur donner une vocation à la succession du *libertus* (*Gaius*, III, 53. — L. 18, D., *De bon. libert.*, 38-2).

II. — **Latins Juniens.** — Jusqu'à la loi Junia Norbana, les esclaves affranchis sans formes solennelles ou par un propriétaire prétorien n'avaient qu'une simple liberté de fait (*supra*, p. 19). Leurs biens ne constituaient au fond qu'un véritable pécule et le maître s'en emparait à ce titre, quand leur mort mettait fin à la protection que leur assurait le préteur (*Gaius*, III, 56).

Après la loi Junia Norbana, le patrimoine du Latin Junien aurait dû logiquement cesser d'être considéré comme un pécule; cette règle persista néanmoins pour une raison facile à saisir. C'est que le patron était hors d'état de recueillir les biens de son affranchi Latin Junien à titre d'héritier; car la législation des Douze-Tables n'avait pu les prévoir ni les comprendre dans une vocation successorale. Aussi, pour attribuer au patron du Latin Junien des droits sur le patrimoine de son affranchi, continua-t-on à dire que ce dernier vivait libre et mourait esclave; *ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant*. Par conséquent, le Latin Junien était complètement incapable de tester et dès lors ne pouvait pas dépouiller son maître (*Gaius*, III, 56. — *Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 4) (1).

D'ailleurs puisque les biens du Latin Junien ne forment qu'un pécule, les droits du patron prédécédé sont toujours compris dans sa succession et ne passent pas à ses descendants exhérédés. En outre, le plus proche exclut le plus éloigné, et si l'affranchi, avant d'être libre, appartenait à plusieurs par fractions inégales, son patrimoine se partagerait entre eux, proportionnellement à ces propriétés respectives. Enfin le patron n'est tenu des dettes de l'affranchi que dans la mesure et suivant les règles de l'action *de peculio*, c'est-à-dire *intra vires* et pendant une année utile. Ces diverses con-

(1) Ces dispositions furent plus tard étendues aux nouveaux affranchis Latins créés par la loi Ælia Sentia.

séquences n'ont rien de commun, on le voit, avec les principes qui dominent la succession délaissée par l'affranchi citoyen (*Gaius*, III, 58, 59, 60, 61, 62).

Sénatusconsulte Largien. — Un sénatusconsulte Largien, porté sous le règne de Claude, modifia la plus importante de ces règles. Désormais les héritiers externes furent exclus des biens du Latin Junien par tous les descendants que le patron n'avait pas exhérédés *nominatim* (*Gaius*, III, 63. — *Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 4).

Une constitution postérieure de l'empereur Trajan, et un sénatusconsulte rendu sur la proposition d'Adrien, s'occupèrent du cas où le Latin Junien serait devenu citoyen par l'effet d'un rescrit rendu à l'insu ou contre le gré du patron. Alors, même en laissant des enfants, il était réputé mourir Latin Junien ; on ne lui reconnaissait le droit de tester qu'à l'effet d'instituer son patron pour le tout et de lui donner un substitué. Mais, pour conquérir la position intégrale de l'affranchi citoyen, il n'avait qu'à recourir plus tard à quelque autre mode d'acquisition de la cité (*Gaius*, III, 73. — *Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 4; — *supra*, p. 27).

III. — **Affranchis déditices.** — Le sort des biens laissés par l'affranchi déditice dépendait d'une distinction qui nous est déjà connue. On leur appliquait les règles posées à l'occasion de l'affranchi citoyen ou du Latin Junien, selon que le déditice, abstraction faite de son vice originaire, aurait dû devenir citoyen ou Latin par l'effet naturel de son affranchissement. Il est bien certain d'ailleurs qu'étant assimilé aux *peregrinus sine civitate*, le déditice ne pouvait pas laisser de testament (*Gaius*, III, 74, 76).

§ IV.

Droit de Justinien.

Justinien ne reconnaît plus que des affranchis citoyens et supprime, en conséquence, toutes les inégalités qui tenaient à la différence des conditions de l'affranchi *de cujus* (*Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 4).

Il efface aussi toute distinction entre le patron et la patronne ou leurs enfants, entre la succession du *libertinus* et celle de la *libertina* (*Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 3).

Les règles nouvelles posées par l'empereur varient seulement suivant que l'affranchi a testé ou n'a pas testé.

1° *L'affranchi a testé.* — Il faut alors rechercher s'il laisse une fortune inférieure ou supérieure à cent sous d'or, s'il est *minor* ou *major centenariis* : 1° dans le premier cas, le patron ne peut attaquer les dispositions quelconques du testament; 2° dans le second cas, le patron reste étranger à l'hérédité de l'affranchi qui a des descendants venant à la succession par suite d'une institution ou grâce à la plainte d'inofficiosité. En toute autre hypothèse, un tiers des biens est assuré au patron, qui le recueille sans la charge des legs, par une *bonorum possessio contra tabulas;* ce tiers est pour lui une sorte de légitime (*Inst.*, L. III, t. VII, *De succ. libert.*, § 3) (1).

2° *L'affranchi n'a pas testé.* — Dans ce cas, Justinien fait passer avant le patron tous les descendants du défunt qui se trouvent libres au jour du décès, fussent-ils nés en esclavage. En l'absence de toute postérité de l'affranchi, les biens sont déférés au patron, ensuite à ses descendants, enfin à ses collatéraux jusqu'au cinquième degré inclusivement. Les plus proches l'emportent, et l'empereur admet le partage par têtes et la dévolution (L. 4, C., *De bonis libert.*, 6-4 ; L. 1, C., *De latina libert. toll.*, 7-6. — *Inst.*, L. III, t. II, *De leg. ag. succ.*, § 7 ; t. VII, *De succ. lib.*, § 3).

APPENDICE.

Adsignatio libertorum.

(*Inst.*, L. III, t. VIII.)

La règle ancienne qui appelait par égales parts à l'hérédité de l'affranchi tous les plus proches descendants du patron prédécédé, reçut une exception d'un sénatusconsulte rendu sous le règne de Claude (an 799 de Rome, 46 de notre ère). Il fut désormais permis au patron d'investir de tous ses droits sur l'affranchi et sa succession l'un de ses enfants, comme si ce dernier était seul et avait fait lui-même la manumission. Cette attribution exclusive s'appelle

(1) Justinien a commis une bizarre inadvertance, en oubliant de parler du *libertus* qui laisse exactement cent sous d'or, ni plus ni moins, il n'a statué en effet que pour le défunt qui est *major* ou *minor centenariis*.

adsignatio liberi (L. 1, pr., D., *De assig. lib.*, 38-4. — *Inst.*, L. III, t. VII, *De adsig. libert.*, pr.).

L'*adsignatio liberti* n'est soumise à aucune forme spéciale; elle résulte d'une manifestation quelconque de volonté, verbale, écrite ou par signe. Elle comporte toute modalité suspensive (L. 13, § 3, D., *De assig. libert.*, 38-4. — *Inst.*, L. III, t. VIII, *De adsig. libert.*, § 3).

Le *jus adsignandi libertum* est un attribut de la puissance paternelle qui n'appartient qu'au patron *paterfamilias* et qui ne peut être exercé ni par la patronne ni par les descendants du patron. Il ne peut d'ailleurs se produire qu'en faveur du descendant même exhérédé qui se trouve actuellement sous sa puissance immédiate ou médiate, sans distinction de sexe ni de degré; les émancipés en sont donc exclus (L. 1, § 5, D., *De assig. libert.*, 38-4. — *Inst.*, L. III, t. VIII, *De adsig. libert.*, §§ 1, 2).

L'*adsignatio* est susceptible d'une révocation expresse ou tacite. Entre autres exemples, le père la révoque tacitement en faisant sortir son enfant de la famille, au moyen d'une émancipation ou d'une adoption. Elle s'évanouit aussi par la survivance du patron à l'affranchi, ou lorsque le descendant qui en est gratifié répudie, meurt ou perd la cité sans laisser de postérité. Dans tous ces cas, on revient au droit commun et la succession de l'affranchi se partage alors également entre tous les enfants du patron (L. 1, §§ 4, 5, 6, D., *De adsig. libert.*, 38-4. — *Inst.*, L. III, t. VIII, *De adsig. libert.*, pr.).

Par sa nature, l'*adsignatio* ne constitue pas une libéralité de dernière volonté; car les *jura patronatus*, transmissibles même aux enfants exhérédés, ne comptent pas dans l'hérédité du patron. Aussi n'est-elle valablement grevée d'aucune charge et ne s'impute-t-elle pas sur la quarte Falcidie (L. 7, D., *De assig libert.*, 38-4).

Les effets de l'*adsignatio liberti* sont faciles à déterminer. Au point de vue spécial de la succession de l'affranchi, elle écarte le concours de tout autre descendant du patron de même rang ou d'un rang préférable. Elle admet l'application du droit d'accroissement entre plusieurs bénéficiaires. Enfin elle est transmissible, dans l'ordre des degrés, aux descendants du privilégié qui répudie sa vocation exclusive, ou que la mort ou la perte de la cité empêche d'en profiter (L. 3, § 7; L. 4; L. 5, §§ 1, 2, D., *De assig. libert.*, 38-4).

CHAPITRE XVI.

TABLEAU FINAL DE LA SUCCESSION LÉGITIME AVANT ET APRÈS LES NOVELLES 118 ET 127.

§ I.

Droit de Justinien avant les Novelles.

En résumé, le système successoral *ab intestat* suit jusqu'à Justinien une marche progressive. De nouvelles successions légitimes ont trouvé place dans le cadre nécessairement élargi de la loi ; elles ont deux grands caractères propres.

1° Elles restent complètement indépendantes de la *minima capitis deminutio* que le défunt aurait subie de son vivant, ou qui atteindrait le successible lui-même avant l'acquisition de l'hérédité ; ces mêmes causes éteignent, au contraire, les successions fondées sur les Douze-Tables. S'il fallait en croire Justinien, les nouvelles successions survivraient même à la *media* et à la *maxima capitis deminutio*. Mais il y a là une exagération. Bien que la perte de la liberté ou de la cité ne puisse effacer la cognation ni détruire le lien du sang, elle empêche néanmoins de laisser ou de recueillir aucune succession. Le *capite minutus* vînt-il à recouvrer la liberté ou la cité, sa personne juridique ne serait plus la même qu'autrefois, et les droits attachés à la parenté ne renaîtraient pas (*Paul*, S., L. IV, t. X, § 2. — *Ulpien*, R., t. XXVII, § 5. — *Inst.*, L. III, t. IV, *De senat. Orphit.*, § 2).

2° Les successions nouvelles peuvent échoir à des personnes placées sous la puissance paternelle ; le père en acquiert alors la pleine propriété dans le droit classique, et l'usufruit seulement dans le droit de Justinien. Au contraire, les successions anciennes n'étaient jamais déférées qu'à des personnes *sui juris*.

Ces deux conséquences graves tiennent au principe que la parenté naturelle est désormais le fondement des nouvelles successions.

Justinien lui-même ajouta, comme on l'a vu, plus d'une décision aux constitutions ou sénatusconsultes antérieurs. Par une conséquence obligée des modifications qu'il introduisit dans l'émancipa-

tion, il fit disparaître la *bonorum possessio unde decem personæ*; il supprima également les *bonorum possessiones tum quem ex familia*; *unde patronus, patrona, liberique*, etc.; et *unde cognati manumissoris*. Donc à son époque, on peut ainsi classer les *bonorum possessiones* qui ont été conservées : 1° *contra tabulas*; 2° *secundum tabulas*; 3° *unde liberi*; 4° *unde legitimi*; 5° *unde cognati*; 6° *unde vir et uxor*; 7° *uti ex legibus*. En outre, la *bonorum possessio* n'est plus donnée *sine re*, elle est toujours *cum re*, en d'autres termes, ses effets sont dans tous les cas définitifs et irrévocables; enfin, le *bonorum possessor* n'a plus besoin d'usucaper; il acquiert immédiatement la propriété quiritaire, puisque Justinien n'en reconnaît plus d'autre (*Gaius*, IV, 144. — *Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. poss.*, §§ 5, 6; L. IV, t. XV, *De interdictis*, § 3).

Dès lors il est vrai de dire, en général, que toutes les successions anciennes et nouvelles, civiles et prétoriennes, se sont pour ainsi dire réunies et fondues dans un seul système : l'unification du point d'arrivée remplace l'unité du point de départ. Le droit civil et le droit prétorien ne sont plus en conflit; le droit prétorien a prévalu pour la détermination des successibles et le droit civil pour les effets du titre héréditaire. L'ancien antagonisme ne persiste plus en réalité que dans les mots.

Justinien admet aussi la dévolution dans les degrés et dans les ordres, *successio graduum et ordinum* (*Inst.*, L. III, t. IX, *De bon. pos.*, § 9) (1).

§ II.

Système des Novelles.

Le système successoral des Institutes et du Code de Justinien avait eu pour résultat d'assimiler en grande partie aux agnats les plus proches cognats, notamment les descendants, les père et mère, les frères et sœurs, les neveux et nièces. Mais, en dehors de ces parents, l'influence de l'agnation était restée prépondérante; on pouvait en outre critiquer le principe qui admettait la supériorité des petits-enfants *ex filio* sur les petits-enfants *ex filia*, et qui consacrait l'exclusion de la mère, par le père (*Inst.*, L. III, t. III, *De senat. Tert.*, § 3).

(1) Toutefois les interprètes discutent encore la question de savoir si la *successio graduum* était admise dans l'ordre des *liberi* (L. 3, C., *Unde liberi*, 6-14).

Justinien porta le dernier coup aux débris de ces vieilles iniquités, et renversa ce qui était encore debout du système successoral des Douze-Tables. Moins de dix ans en effet après les Institutes, en l'année 543, la célèbre Novelle 118, complétée par la Novelle 127 qui lui sert de supplément, vint établir une organisation toute nouvelle. Justinien s'y rapprocha du point de départ moderne, qui est de régler les successions légitimes sur l'ordre de nos affections naturelles.

L'empereur proclame d'abord le principe que la succession *ab intestat* doit aller aux parents en cette seule qualité, sans différence entre la descendance par les mâles et la descendance par les femmes, entre l'agnation et la cognation.

Il distingue d'ailleurs trois classes de successibles : les ascendants, les descendants et les collatéraux; mais elles sont en réalité au nombre de quatre; car la classe des collatéraux se subdivise en collatéraux privilégiés et en collatéraux ordinaires.

Première classe. — Elle comprend les descendants du défunt ou de la défunte, sans aucune exclusion; avec les enfants en puissance sont appelés les enfants émancipés ou donnés en adoption, fût-ce à un ascendant (*adoptio plena*). Mais les enfants *in potestate* ne recueillent que la nue-propriété; car leur *pater* acquiert nécessairement l'usufruit, dans toutes les circonstances où il ne l'avait pas déjà du vivant du défunt.

Dans une même souche, le plus proche exclut le plus éloigné. Entre descendants de souches différentes, la proximité du degré n'est pas une cause de préférence, et le partage se fait *per stirpes*. Il n'y a plus de descendants *sui* (Nov. 118, ch. 1. — Conf., C. C., art. 745).

Deuxième classe. — La deuxième classe comprend . 1° les ascendants; 2° les frères et sœurs germains, et leurs enfants au premier degré. Parmi les ascendants, les plus proches excluent toujours les plus éloignés. Lorsque plusieurs membres de la deuxième classe arrivent conjointement à l'hérédité, il faut, pour déterminer le mode de partage, considérer deux hypothèses :

1° Il n'y a que des ascendants. Alors, s'ils appartiennent à des lignes différentes, le partage a lieu par lignes; si tous font partie de la même ligne, on partage par têtes.

2° Lorsque les ascendants ne viennent pas seuls, on partage par têtes pour les ascendants sans égard aux lignes, ainsi que pour les frères et sœurs germains; on partage par souches pour les neveux et nièces germains (Nov. 118, ch. 2; Nov. 127. — Conf., C. C., art. 746, 748, 749).

Troisième classe. — Appartiennent à la troisième classe les frères et sœurs unilatéraux, c'est-à-dire utérins ou consanguins, et leurs enfants au premier degré. Pour la délation et le partage de l'hérédité on suit les règles posées pour la seconde classe (Nov. 148, ch. 3. — Conf., C. C., art. 752).

Quatrième classe. — Cette quatrième classe renferme tous les collatéraux autres que les précédents. Le droit de succession est-il admis à l'infini, comme il l'était autrefois pour les agnats, ou s'arrête-t-il aux limites posées par le préteur pour les cognats? La seconde opinion paraît plus rationnelle.

Le plus proche collatéral obtient la préférence. Entre collatéraux du même degré, le partage se fait toujours par têtes (Nov. 118, ch. 3. — Conf., C. C., art. 753, 754, 755).

Successions irrégulières. — Outre ces héritiers ordinaires *ab intestat*, on reconnaît quatre catégories de successeurs irréguliers : 1° l'enfant naturel et la concubine; 2° le conjoint; 3° certaines corporations; 4° le fisc (Conf., C. C., art. 756-773).

1° *Enfant naturel et concubine.* — L'enfant naturel et sa mère ont droit à des aliments dans la succession du père naturel, quand il laisse une femme ou des enfants légitimes. A défaut de ces personnes, ils peuvent réclamer ensemble un sixième des biens, à partager par têtes entre la concubine et les enfants concubinaires; un douzième appartient toujours à la mère. De son côté, le père naturel obtient des aliments ou même un sixième des biens de son enfant naturel, si ce dernier ne laisse ni femme ni postérité légitime (Nov. 89, ch. 12, 15. — Conf., C. C., art. 756-761).

Aucune vocation successorale n'est admise entre les enfants illégitimes non concubinaires et leur père. Mais il existe un droit illimité de succession entre la mère naturelle et ses enfants *vulgo quæsiti* (*Inst.*, L. III, t. IV, *De senat. Orph.*, § 3).

Les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de rien recueillir ni de leur père ni de leur mère, soit par succession *ab intestat*, soit par libéralités entre-vifs ou testamentaires (L. 6, C., *De incest. nupt.*, 5-5. — Conf., C. C., art. 762, 763, 764).

2° *Conjoint.* — Quand l'époux prédécédé ne laisse pas de parents au degré successible, le conjoint survivant non divorcé, mari ou femme, arrive à la *bonorum possessio unde vir et uxor*, qui a été conservée par Justinien (L. 1, pr., § 1, D., *Unde vir et uxor*, 38-11).

La veuve du *de cujus*, lorsqu'elle est à la fois pauvre, c'est-à-dire hors d'état de vivre suivant sa condition, et non dotée, reçoit une part d'enfant dans la succession de son mari, sans que cette part puisse jamais excéder le quart de l'hérédité. S'il y a des enfants communs, on leur réserve la nue-propriété de la portion maternelle, et la mère est réduite à l'usufruit. Ce droit de succession de la veuve organisé par Justinien a reçu le nom de *quarte du conjoint pauvre;* c'est là une heureuse inspiration, que notre Code civil aurait dû suivre (Nov. 53, ch. 6, § 2; Nov. 117, ch. 5. — Conf., C. C., art. 767).

Réciproquement, le mari veuf prend l'usufruit d'une partie des biens de sa femme, lorsqu'ils vont à des descendants communs, placés ou non sous sa puissance (L. 3, C., *De bonis maternis*, 6-60).

3° *Corporations.* — A défaut de parents et de conjoint survivant, les biens du *de cujus* peuvent passer à certaines corporations dont il faisait partie.

Les plus célèbres sont : les curies ou colléges de décurions, les corps militaires (*legio, vexillatio*), les églises à l'égard des prêtres desservants, les couvents à l'égard des moines, etc. (L. 20, C., *De episcopis*, 1-3; L. 2, 4, C., *De hered. decurion.*, 6-62. — Nov. 5, ch. 5; Nov. 131, ch. 13).

4° *Fisc.* — En dernier lieu, la succession est déférée au *fiscus* ou trésor impérial, qui a pris la place de l'*ærarium* ou trésor du peuple; cette attribution des biens en déshérence ou *bona vacantia* vient de la loi *Julia caducaria* (*Ulpien*, R., t. XXVIII, § 7. — Conf., C. C., art. 768).

Le fisc n'est pas un véritable héritier, car il succède moins à la

personne qu'aux biens. Il n'est d'ailleurs appelé qu'à recueillir l'excédant de l'actif sur le passif et ne peut donc, s'il ne s'engage à payer toutes les dettes, acquérir l'hérédité contre le gré des créanciers; car on ne saurait leur refuser le droit de la vendre aux meilleures conditions possibles. Du reste, quand une succession est acquise par le fisc, tous les affranchissements, legs et fidéicommis valables demeurent exécutoires (L. 1, § 1; L. 11; L. 28, D., *De jure fisci*, 49-14).

Le fisc est libre de répudier. A partir du moment où l'on a la certitude qu'il ne se présentera nul héritier ou *bonorum possessor*, un délai de quatre ans continus est alors ouvert au fisc pour prendre un parti; toute personne est libre, dans cet intervalle, de dénoncer la vacance des biens aux agents du trésor. Après ce terme, le droit du fisc est prescrit, et les biens restent à ceux qui les détiennent ou deviennent *res nullius*. Au surplus, les créanciers héréditaires sont admis à poursuivre la vente dans le cours de ce *quadriennium*, après un envoi en possession préalable (L. 10, pr., § 1, D., *De div. temp. præsc.*, 44-3; L. 1, §§ 1, 3, D., *De jure fisci*, 49-14. — L. 5, C., *De bon. auct. jud. poss.*, 7-72; L. 4, C., *De bon. vac.*, 10-10).

Observations générales. — Le système des Novelles, malgré quelques dispositions intolérantes qui refusent aux hérétiques le droit de succession, constitue dans son ensemble un véritable progrès sur le droit antérieur; rien ne l'égale dans l'œuvre législative de Justinien (Nov. 118, ch. 6).

La fusion de l'hérédité civile avec la *bonorum possessio* est désormais achevée. La dévolution de degré à degré et de classe à classe, quoique passée sous silence par Justinien, résulte de l'enchaînement du nouveau système successoral.

Toutefois, il ne faudrait pas croire que la distinction des descendants *per masculos* ou *per feminas*, des descendants *in potestate* ou *alieni juris*, des *sui* et des *extranei* ait absolument disparu du droit romain. La Novelle 118, en effet, ne s'applique pas aux successions testamentaires, et laisse par conséquent subsister la théorie du testament inofficieux, de l'exhérédation et de la *bonorum possessio contra tabulas*.

CHAPITRE XVII.

INDICATION RAPIDE DES AUTRES MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM.*

(*Inst.*, L. III, t. X, t. XI, t. XII.)

Outre les successions testamentaires et légitimes, il existe encore d'autres modes d'acquérir *per universitatem*. Mais ils ne réclament ici aucune explication détaillée, par la raison péremptoire que les principes nous en sont déjà connus, ou que l'intelligence en deviendra plus facile ailleurs.

Bonorum venditio. — On entend par là la vente en masse du patrimoine d'un débiteur vivant ou décédé, faite aux enchères par les soins du préteur et à la requête des créanciers. Elle sera étudiée sur la théorie des actions. Il suffit de dire ici qu'elle n'existe plus au temps de Justinien, elle a été remplacée depuis longtemps déjà par la *bonorum distractio* ou vente en détail (*Inst.*, L. III, t. XII, *De succ. subl.*, pr.).

Sénatusconsulte Claudien. — Nous avons vu qu'aux termes d'un sénatusconsulte rendu sous le règne de Claude la femme libre qui persistait à vivre en *contubernium* avec l'esclave d'autrui malgré trois sommations du maître, tombait sous la puissance dominicale de ce maître qui acquérait aussi tout son patrimoine. Justinien supprime le Claudien et l'acquisition *per universitatem* qui en était la conséquence (*Inst.*, L. III, t. XII, *De succ. sublatis*, § 1; — *supra*, p. 11).

Adrogation. — L'adrogation (1) procurait à l'adrogeant la pleine propriété de l'actif de l'adrogé, sans distinction aucune entre les choses corporelles ou incorporelles, et à la seule exception des droits qui s'éteignaient par la *capitis deminutio*, comme l'usufruit, l'usage, les *operæ liberti* et les droits déduits dans un *judicium legitimum* (*Gaius*, III, 82, 83. — *Inst.*, L. III, t. X, *De adq. per adrog.*, pr., § 1).

(1) On peut lui assimiler dans le vieux droit la *conventio in manum*, lorsqu'elle porte sur une femme *sui juris*.

Justinien modifia les anciennes règles; comme la propriété est désormais accessible aux fils de famille et que le père ne peut plus avoir qu'un droit d'usufruit sur les acquisitions réalisées par le *filius*, il fut admis que l'adrogé conserverait la nue-propriété de ses biens et que la jouissance seule en serait attribuée à l'*adrogator* (*Inst.*, L. III, t. X, *De adq. per adrog.*, § 2).

Quant aux dettes de l'adrogé, elles s'éteignaient anciennement *jure civili* par application des règles de la *capitis deminutio*.

Mais le préteur accordait aux créanciers des actions utiles et fictices contre l'adrogé. L'adrogeant devait le défendre, c'est-à-dire figurer lui-même en qualité de partie à la *litis contestatio* et fournir la caution *judicatum solvi*; sinon, le magistrat envoyait les créanciers en possession des biens de l'adrogé, et les autorisait à les vendre comme s'ils avaient continué de lui appartenir (*Gaius*, III, 84; IV, 38).

Sous Justinien, ces actions ne sont plus fictices, puisqu'il n'y a plus de formules; de plus, c'est contre l'adrogeant lui-même qu'elles s'intentent désormais et non pas contre l'adrogé (*Inst.*, L. III, t. X, *De adq. per adrog.*, § 3).

Confiscation. — La confiscation (*confiscatio* ou *publicatio*), c'est-à-dire l'attribution au fisc des biens d'un particulier, est un mode d'acquérir *per universitatem* omis dans les Institutes. Elle résulte de l'indignité encourue par un héritier ou par un successeur universel, et de certaines condamnations criminelles. Dans ce dernier cas, elle s'attache de plein droit aux peines à la fois perpétuelles et capitales, comme la mort, l'esclavage, la perte de la cité; elle est alors totale. Le juge peut la prononcer, totalement ou partiellement, quand la peine est la relégation ou l'exil à perpétuité. En dehors de ces hypothèses, elle est interdite au juge. Le fisc, qui prend les biens, supporte les dettes *intra vires* (L. 1, pr., D., *De bonis dam.*, 48-20; L. 4, D., *De int. et releg.*, 48-22; L. 39, pr., D., *De jure fisci*, 49-14).

Au temps classique, les descendants appelés comme *sui heredes* ou comme *liberi* avaient droit à la restitution d'une moitié des biens du condamné. De même, si le condamné était un affranchi, le patron ou les enfants du patron recueillaient la part dont il n'aurait pu les dépouiller (L. 1, § 1; L. 7, § 2; L. 8, D., *De bonis dam.*, 48-20).

Justinien, se montre plus humain encore dans le droit des Novelles. Les biens des condamnés à une peine capitale ne passent

plus au fisc qu'à défaut de descendants ou d'ascendants, et même de collatéraux jusqu'au troisième degré inclusivement; réserve est faite aussi de la dot et de la donation *propter nuptias* pour la femme légitime, et des droits que la concubine et les enfants concubinaires pourraient opposer aux héritiers (Nov. 134, ch. 13).

In jure cessio. — L'*in jure cessio* joue parfois le rôle d'un mode d'acquérir *per universitatem*, applicable seulement aux hérédités.

Cette transmission suppose que le cédant n'a pas encore fait adition; car la qualité d'héritier qu'il aurait ainsi acquise serait indélébile, en vertu du principe: *semel heres semper heres*. Les Proculiens assimilaient logiquement à cette hypothèse le cas où le cédant était *necessarius* ou *suus*. Même avant l'adition, la cession émanée d'un héritier testamentaire externe est absolument nulle (*Gaius*, II, 36, 37; III, 86, 87).

La seule personne qui puisse user de ce mode d'acquérir *per universitatem* est donc l'héritier *ab intestat* volontaire; il se substitue ainsi le cessionnaire dans tous ses droits et charges héréditaires. L'hérédité elle-même passe en entier sur la tête de l'acquéreur qui devient héritier au lieu et place du cédant; *perinde fit heres is cui in jure cesserit ac, si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* (*Gaius*, II, 35. — *Ulpien*, R., t. XIX, § 14) (1).

A l'époque de Justinien, l'*in jure cessio* n'existe plus. Aussi cette acquisition *per universitatem* ne nous est-elle révélée que par Gaius et par Ulpien (*Gaius*, II, 34-37; III, 84-87. — *Ulpien*, R., t. XIX, §§ 11-15).

Addictio bonorum libertatis gratia. — Les Institutes signalent enfin un dernier exemple de transmission à titre universel; c'est la *bonorum addictio libertatum conservandarum causa*, dont l'origine remonte à Marc-Aurèle (*Inst.*, L. III, t. XI, *De eo cui libert. caus. bon. add.*, pr., § 1). On peut la définir : l'attribution faite à une personne des biens qui composaient la succession du défunt, à la charge de conserver les affranchissements.

Elle a pour objet spécial de maintenir les affranchissements inscrits dans le testament; elle protège en même temps la mémoire du défunt et les droits de ses créanciers.

(1) Lorsque la *cessio in jure* est faite après l'adition, l'hérédité ne se transmet pas; mais la cession produit néanmoins des effets remarquables; les choses corporelles deviennent la propriété du cessionnaire, les créances s'éteignent et les dettes restent sur la tête de l'héritier (*Gaius*, II, 35; III, 85).

Conditions. — Trois conditions sont exigées pour que l'*addictio* puisse être accordée.

1° Elle suppose d'abord une institution répudiée par l'institué, et le défaut de tout successeur *ab intestat* (L. 50, D., *De manumiss. test.*, 40-4. — *Inst.*, L. III, t. XI, *De eo cui libert.*, § 4).

2° Elle doit être demandée par l'esclave qui a reçu du défunt la liberté, soit directe ou fidéicommissaire, soit par testament ou par codicille, soit même entre-vifs. On finit par étendre ce bénéfice à toute personne *sui juris* (*Inst.*, L. III, t. XI, *De eo cui libert.*, §§ 3, 6. — L. 6, C., *De test. manumiss.*, 7-2).

3° Enfin, l'impétrant doit contracter l'obligation de garantir l'entier paiement des dettes. Il s'engage toujours par une promesse individuelle qu'il fait à l'un des créanciers désigné pour les représenter tous. Le magistrat exige le plus souvent qu'une sûreté personnelle ou réelle, comme une fidéjussion, un gage, une hypothèque, vienne consolider cette promesse; l'*addictio* n'est alors définitive qu'après la constitution de ces garanties (L. 4, §§ 8, 9, 10, D., *De fideic. libert.*, 40-5).

Effets. — L'*addictio bonorum* produit deux grands effets :

1° Tous les affranchissements émanés du défunt sont maintenus et dorénavant irrévocables. Les esclaves affranchis par legs auront pour patron le défunt lui-même (*liberti orcini*), s'ils n'adhèrent à la volonté contraire que pourra manifester l'individu qui obtient l'*addictio*. Les esclaves affranchis par fidéicommis tombent sous le patronat de ce dernier; car il remplace alors l'institué et procède lui-même à la *manumissio* (L. 4, §§ 7, 12, 13, D., *De fideic. libert.*, 40-5. — *Inst.*, L. III, t. XI, *De eo cui libert.*, §§ 1, 5).

2° L'*addictio* entraîne en second lieu succession, non pas à la personne, mais aux biens du défunt. Les jurisconsultes assimilent le successeur de cette espèce au *bonorum possessor*. Il a donc besoin d'usucaper pour acquérir la propriété quiritaire, et n'exerce contre les débiteurs héréditaires que des actions fictices. Il n'est lui-même passible que des actions de cette espèce, lorsqu'il n'a pas fourni sa promesse personnelle et qu'on se contente de la tenir pour sous-entendue (L. 3 ; L. 4, §§ 21, 22, D., *De fideic. libert.*, 40-5) (1).

(1) Lorsque l'héritier qui s'est abstenu ou qui a renoncé se fait restituer *in in-*

Droit de Justinien. — Ces principes sont élargis et complétés par Justinien.

L'*addictio* ne suppose plus la promesse du paiement intégral des dettes, si les créanciers consentent à ne recevoir qu'un dividende (L. 15, § 1, C., *De test. manumiss.*, 7-2).

Quand la succession est insolvable, on peut obtenir l'*addictio* sans promettre la liberté à tous les esclaves affranchis; mais le droit de supprimer des affranchissements s'arrête au nombre où commencerait un bénéfice net. Il est même permis aux esclaves affranchis de préférer l'esclavage à la liberté; leur désir s'exécute sans empêcher l'*addictio* (L. 15, §§ 2, 3, C., *De test. manumiss.*, 7-2).

La faculté de demander l'*addictio* disparaissait autrefois à l'instant même de la vente réalisée par les créanciers. Elle dure désormais une année à partir de la vente sous la condition rigoureuse de satisfaire tous les créanciers, y compris l'acheteur lui-même, *bonorum emptor*, s'il a payé son prix (L. 15, pr., C., *De test. manumiss.*, 7-2).

L'*addictio bonorum* est accordée, soit à tous ceux qui la demandent en même temps, soit au premier de ceux qui la demandent successivement. Néanmoins, jusqu'à l'expiration de l'année, l'ordre des dates peut fléchir devant d'autres considérations. Par exemple, on préfère avec raison le concurrent qui promet la liberté au plus grand nombre d'esclaves affranchis (L. 15, §§ 4, 5, 6, C., *De test. manumiss.*, 7-2. — *Inst.*, L. III, t. XI, *De eo cui libert.*, § 7).

FIN DU TOME PREMIER.

tegrum contre son abstention ou sa renonciation, la *restitutio in integrum* produit en sa faveur la rétrocession de tous les biens héréditaires, mais ne porte aucune atteinte aux affranchissements déjà opérés (*Inst.*, L. III, t. XI, *De eo cui libert.*, § 5).

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME PREMIER.

PRÉLIMINAIRES.

PREMIÈRE PARTIE.

PREMIÈRE DIVISION.

DEUXIÈME DIVISION.

DEUXIÈME PARTIE.

FIN DE LA TABLE MATIÈRES DU TOME PREMIER

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

